Jurisprudence Comparée

DES CONSEILS DE RÉVISION ET DE LA COUR DE CASSATION

THÈSE DE DOCTORAT

(Sciences Politiques et Économiques)

Par le Commandant GOUDET

Commissaire du Gouvernement près le Conseil de Révision de Marseille

MARSEILLE
IMPRIMERIE NOUVELLE (Association Ouvrière)
29-31, Rue Sainte, 29-31
—
1915

Jurisprudence Comparée

DES CONSEILS DE RÉVISION
ET DE LA COUR DE CASSATION

THÈSE DE DOCTORAT

(Sciences Politiques et Économiques)

Par le Commandant GOUDET

Commissaire du Gouvernement près le Conseil de Révision de Marseille

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MARSEILLE
IMPRIMERIE NOUVELLE (Association Ouvrière)
29-31, Rue Sainte, 29-31

1915

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534916_0069

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. **Brémond,** Doyen, professeur de Droit administratif.
Charmont, professeur de Droit civil.
Chausse, professeur de Droit romain.
Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.
Perreau, professeur de Procédure civile (suppléé).
Moye, professeur de Droit international public.
Morin, professeur de Droit civil approfondi.
Bridrey, professeur de Droit romain.
Ricol, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
Donnedieu de Vabres, agrégé, chargé d'un cours de Droit criminel.
Perrot, agrégé, chargé d'un cours d'Histoire du Droit.
Moride, chargé de cours complémentaires d'Économie politique.
Dubois, chargé de cours de Droit constitutionnel.
Vigié, Doyen honoraire.
Laborde, professeur honoraire.
Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. **Moye**, *président*.
Brémond.
Donnedieu de Vabres. } *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Abréviations contenues dans le texte

ALGER. — Conseil de révision d'Alger.
B. O. — Bulletin Officiel du Ministère de la Guerre.
Cass. — Cour de Cassation.
C. C. — Code Civil.
C. I. C. — Code d'Instruction Criminelle.
C. J. M. — Code de Justice Militaire.
C. P. — Code Pénal.
Paris. — Conseil de révision de Paris.
P. V. — Procès-Verbal.

Jurisprudence comparée des Conseils de révision

ET DE LA COUR DE CASSATION

PRÉLIMINAIRES

Les conseils de révision ont été créés par la loi du 18 vendémiaire an VI pour remplir, dans l'organisation judiciaire militaire, le rôle attribué par la loi du 27 novembre 1790 au tribunal de cassation dans l'ordre civil :

« Le Conseil des Cinq Cents,

« Considérant que la loi du 13 brumaire dernier (an V), « portant établissement des conseils de guerre pour les « troupes de la République, n'assure aux militaires pré- « venus aucune garantie contre la violation ou l'omission « des formes, ni contre l'incompétence des conseils de « guerre ;

« Considérant que cette garantie peut se concilier avec « la célérité qu'il convient d'apporter dans l'exercice de « la justice criminelle militaire.....

« Prend la résolution suivante :

« Article Premier. — Il sera établi, pour toutes les « troupes de la République, un conseil de révision per- « manent dans chaque division d'armée et dans chaque « division de troupes employées à l'intérieur. »

Il résulte de ces dispositions, que les conseils de révision formaient, comme le tribunal de cassation, une juridiction supérieure du point de droit.

Mais leur grand nombre devait inévitablement produire une très grande diversité dans la jurisprudence. Aussi furent-ils successivement réduits.

L'unité était faite depuis le décret du 1er décembre 1902 qui, supprimant le conseil de révision d'Alger, ne maintenait que celui de Paris, lorsque l'article 44 de la loi de finances du 17 avril 1906 lui substitua la Cour de Cassation pour les recours formés en temps de paix :

« Art. 44. — La Cour de Cassation prononcera au lieu « et place des conseils et tribunaux de révision sur les « recours formés en temps de paix contre les jugements « des conseils de guerre et tribunaux maritimes siégeant « à l'intérieur du territoire, en Algérie et en Tunisie. »

La Cour de Cassation est ainsi devenue le seul tribunal chargé de se prononcer sur les questions concernant, soit les formes de la procédure, soit les principes du droit.

Mais cette disposition de la loi de 1896 n'est applicable qu'en temps de paix, et c'est pourquoi, dès le début des hostilités (11 août 1914), un décret a institué sept (1) conseils de révision permanents pour la France et un pour l'Algérie et la Tunisie.

*
* *

Il a paru intéressant de comparer la jurisprudence de la Cour suprême pendant les huit années (1906 à 1914) au cours desquelles elle a eu à examiner les pourvois en cassation formés par les condamnés des conseils de guerre, avec celle des derniers conseils de révision de Paris et d'Alger, de faire ressortir la conformité ou l'opposition des décisions de ces deux juridictions et, en en dégageant les principes directeurs qui ont inspiré leur jurisprudence respective, de donner une opinion critique sur la valeur de la réforme de 1906.

Tel est le but de ce travail, dans lequel figurent toutes les espèces sur lesquelles il a été possible de présenter à la fois des décisions des conseils de révision de Paris ou d'Alger et des arrêts de la Cour de Cassation.

Leur classement a été fait en suivant l'ordre des quatre livres du Code de Justice Militaire :

I.— Organisation des tribunaux militaires.
II.— Compétence.
III.— Procédure.
IV.— Pénalités.

Dans chaque catégorie, les espèces ont été classées par ordre alphabétique.

---

(1) Le décret du 8 septembre 1914 a réduit ce nombre à 6 (Bourges, Besançon, Paris, Nantes, Bordeaux et Marseille).
Le Conseil de révision pour l'Algérie et la Tunisie siège à Alger.

LIVRE I

Organisation des Conseils de guerre

I. — *Composition du Conseil de guerre et remplacement des juges*

a) Lorsqu'un juge est remplacé par un officier dûment inscrit au tableau, il y a présomption légale que ce remplacement a eu lieu régulièrement et que tous ceux qui se trouvaient sur la liste ont été régulièrement empêchés. (Paris, 1er septembre 1902).

b) La circonstance, prétendue par le demandeur, que le président du conseil de guerre aurait illégalement remplacé un juge absent, en violation de l'article 20 du C. J. M., et que par suite la composition du conseil aurait été irrégulière, demeure à l'état de simple allégation dès lors qu'il est constaté, par le jugement attaqué, que le conseil était composé conformément aux articles 3 et 10 du dit Code. (Cass., 29 octobre 1908).

1. — La décision du Conseil de révision de Paris (*a*) est basée sur le texte de l'article 20 du C. J. M. en vertu duquel le législateur a abandonné au général commandant la circonscription le soin d'apprécier les divers cas d'indisponibilité dans lesquels peuvent se trouver les officiers membres d'un conseil de guerre.

Il faut admettre, sauf preuve contraire, que lorsque le nom du nouveau juge ne suit pas immédiatement celui de l'officier à qui il est substitué, tous ceux qui le précédaient sur le tableau établi en exécution des prescriptions de l'article 19 du C. J. M. se trouvaient légitimement empêchés.

Foucher, dans son commentaire du C. J. M. n° 19, émet le même avis et cite de nombreux arrêts de la Cour de cassation dans ce sens.

2. — L'arrêt du 29 octobre 1908 (*b*) ne vise pas l'inscription sur le tableau des officiers qui peuvent être ap-

pelés à siéger comme juges dans le conseil de guerre ; il rejette le recours basé sur le remplacement illégal d'un juge par le motif qu'il est possible de constater, par l'énumération figurant dans le jugement attaqué, que le conseil était bien composé des juges du grade indiqué dans les articles 3 et 10 du C. J. M.

Il ne faudrait pas en conclure que la constitution légale du conseil de guerre, ainsi prévue par les deux articles précités, est la seule condition à exiger à peine de nullité et que les prescriptions de l'article 19 ne seraient plus considérées par la Cour suprême que comme des actes d'administration générale de la justice. — La Cour de cassation n'a voulu répondre, dans cet arrêt, qu'à l'allégation du demandeur, à savoir qu'il y avait eu remplacement illégal. — Elle constate qu'il ne fournit aucune preuve de ce remplacement ; que cette allégation est au contraire démentie par les énonciations du jugement dans lequel on ne trouve aucune mention qu'il ait été procédé au remplacement de l'un des juges empêché. — La question du remplacement ayant été écartée, il n'y a plus qu'à vérifier si le conseil de guerre est bien composé des juges du grade fixé par les articles 3 et 10 du C. J. M.

Foucher indique d'ailleurs (n° 79), que les dispositions de l'article 19 doivent être observées à peine de nullité : « Ce que l'accusé a le droit d'exiger, c'est que son juge « ait qualité pour le devenir et, dans le cas particulier, « c'est qu'il soit inscrit au tableau. Ce ne serait donc que « si, parmi les juges, il se rencontrait des militaires non « inscrits au tableau déposé au greffe que l'accusé serait « admis à critiquer la composition du conseil, mais seu- « lement devant le conseil de révision qui aurait à recher- « cher par suite de quelles circonstances le juge ne se « trouvait pas porté sur l'expédition déposée au greffe. »

C'est qu'en effet, par ces précautions, le conseil de guerre perd tout à fait le caractère d'une commission militaire créée spécialement en vue de telle affaire ou de tel accusé. (Rapport au Corps législatif).

On peut même ajouter que le paragraphe visant le dépôt d'une expédition du tableau au greffe du conseil

de guerre a pour but de permettre à l'accusé et à son défenseur de s'assurer que les juges ont bien été pris dans le tableau.

Cet alinéa de l'article 19 ne figurait pas dans le projet et il a été introduit par la commission ministérielle pour garantir l'observation des prescriptions légales à cet égard. (Foucher, n° 77).

Cette dernière remarque montre bien l'intention du législateur : pour être distrait des fonctions de juge, il faut un cas d'empêchement dont la validité est abandonnée à l'examen et à la décision du général, mais le remplacement doit s'effectuer suivant les prescriptions légales, en désignant le premier de ceux qui sont disponibles dans le grade et dans l'ordre du tableau ; le nouveau juge ne peut être choisi que parmi les officiers ou sous-officiers inscrits au tableau et c'est la seule vérification qui puisse être faite par l'accusé, puisque le général apprécie, en toute liberté, la question de savoir si les officiers inscrits sont disponibles pour le service de la justice militaire.

Tel est l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence.

II. — *Greffier*

a) Le greffier est un des membres nécessaires du conseil de guerre et il a droit à la même protection que les juges à côté desquels il siège. (Cass., 7 juillet 1881).

b) Les conseils de guerre ne sont légalement constitués que par la présence des juges, du commissaire du gouvernement et du greffier. (Cass., 4 août 1910).

3. — L'arrêt du 7 juillet 1881 (*a*) est intervenu en matière de droit pénal ordinaire à la suite d'un pourvoi formé par le Procureur général d'ordre du Garde des sceaux. Il pose le principe général que le greffier est un des membres nécessaires du conseil de guerre et qu'il a droit à la même protection que les juges à côté desquels il siège.

« Par la nature même de ses fonctions, le greffier est

« tellement lié à l'œuvre de la justice, bien qu'il ne soit « pas un magistrat dans la rigoureuse acception du mot, « qu'il n'en est pas moins un des membres nécessaires « du tribunal et que, comme tel, il a aussi nécessaire- « ment droit à la même protection légale que les magis- « trats à côté desquels il siège et avec lesquels il fait « corps. C'est un principe de droit public qui a toute « l'autorité d'un axiome.

« Ce principe est admis sans aucune espèce de contra- « diction pour les juridictions exceptionnelles et il ne se « peut pas qu'il ne s'applique notamment à la juridiction « des conseils de guerre, à laquelle incombe la tâche si « importante de défendre et de sauvegarder, par ses « décisions, les grands intérêts de l'ordre et de la disci- « pline dans l'armée. »

Cet arrêt de principe a été pris en conformité de l'article 441 du C. I. C., dont les dispositions sont applicables aux jugements des conseils de guerre, en vertu de l'article 82 du C. J. M.

4. — Il est intéressant de rapprocher cet arrêt de 1881 avec celui rendu le 4 août 1910 (*b*) et de remarquer que la Cour suprême n'a pas modifié sa jurisprudence depuis qu'elle a été substituée aux conseils de révision, et l'a appliquée à la justice militaire. Cette dernière décision constate qu'aux termes de l'art. 170 du C. J. M. pour l'armée de mer (symétrique de l'art. 140 du C. J. M. pour l'armée de terre), les jugements des conseils de guerre doivent être écrits par le greffier et signés par le président et les juges. — De là cette conséquence, très justement mise en lumière par l'arrêt, que la présence du greffier est indispensable pour que le conseil soit légalement constitué.

III. — *Le Rapporteur peut occuper le siège du ministère public*

a) L'officier rapporteur qui a procédé à l'instruction d'une affaire peut remplir les fonctions de commissaire du gouvernement ou de substitut dans la même affaire. (Cass. 17 oct. 1912).

b) Il n'est pas interdit au rapporteur chargé de l'instruction d'une affaire d'occuper à l'audience dans la même affaire le siège du commissaire du gouvernement. (Cass. 13 mars 1913).

5. — Ces deux arrêts tranchent souverainement une question longtemps controversée : y a-t-il incompatibilité entre les fonctions de rapporteur et celles de commissaire du gouvernement pour la même affaire ?

Bien qu'il ne nous ait pas été possible de retrouver une seule décision des conseils de révision tranchant la difficulté, il est certain que la pratique suivie par les conseils de guerre repoussait la thèse de l'incompatibilité, puisque, par circulaire en date du 30 septembre 1908 (B.O., vol. 59[4]), le ministre de la Guerre invitait les généraux commandant les corps d'armée à rappeler aux membres des parquets que les substituts ne pouvaient suppléer, pour la même affaire, le rapporteur et le commissaire du gouvernement.

Les parquets s'étaient depuis lors conformés à cette interprétation ministérielle, lorsqu'en 1912 un retour à l'ancienne pratique donna à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer sur la question. Par son arrêt du 17 octobre 1912 (*a*), la Cour suprême a condamné l'opinion du ministre et décidé que : « Le fait qu'un officier a pro-
« cédé comme rapporteur à l'instruction d'une affaire ne
« met pas obstacle à ce que cet officier, ultérieurement
« nommé commissaire du gouvernement ou substitut,
« exerce en cette qualité l'action publique dans la même
« affaire ; que ces fonctions ne sont pas incompatibles
« avec celles qu'il a remplies précédemment. »

Elle appuie notamment sa décision sur la constatation que le C. J. M. a lui-même institué le cumul des deux fonctions dans son article 33 relatif à l'organisation des parquets militaires près les conseils de guerre aux armées.

La Cour de cassation a eu à se prononcer une deuxième fois dans une espèce analogue le 13 mars 1913 (*b*) et elle a donné la même solution : « Aucune disposition de loi
« n'interdit au magistrat qui a procédé à l'instruction
« d'une affaire d'occuper dans la même affaire le siège

« du ministère public, car « si aux termes de l'art. 1er de « la loi du 8 décembre 1897, rendue applicable aux con- « seils de guerre par la loi du 15 juin 1899, le juge d'ins- « truction ne peut concourir au jugement des affaires « qu'il a instruites », il n'y a aucune similitude entre les « fonctions qu'exerce un magistrat lorsqu'il poursuit une « accusation légalement intentée et celles que remplit un « magistrat appelé à l'accueillir ou à la repousser comme « juge. »

La question est donc définitivement jugée et l'on doit admettre désormais que l'officier rapporteur peut occuper le siège du ministère public dans la même affaire.

LIVRE II

Compétence des Tribunaux Militaires

I. — *Compétence générale* (*Article 56, C. J. M.*)

a) La juridiction militaire est compétente pour connaître d'un vol commis par un militaire libéré du service qui n'a pas cessé de recevoir les allocations sur le budget de la guerre, de résider et de vivre militairement à la caserne. (Alger, 24 novembre 1881).

b) Les tribunaux militaires sont compétents pour juger les crimes et délits commis par un soldat qui accomplit dans l'armée un service effectif, malgré l'irrégularité de son incorporation. Ils n'ont pas en principe qualité pour examiner la régularité de l'incorporation. (Cass. 7 juillet 1910).

6. — Aux termes de l'art. 56, C.J.M., tous les militaires portés sur les contrôles de l'armée sont justiciables des conseils de guerre.

Le conseil de révision d'Alger a appliqué ce principe au cas où un militaire libéré du service n'a pas cessé de compter à l'effectif du corps où il avait été maintenu en attendant le départ du bateau qui devait le ramener dans ses foyers(*a*). Il a décidé que, dans cette situation, l'homme doit être considéré comme étant encore inscrit sur les contrôles et qu'il reste par suite justiciable des tribunaux militaires.

C'est dans le même esprit que la Cour de cassation admet la compétence des conseils de guerre à l'égard d'un soldat irrégulièrement incorporé, qui accomplit dans l'armée un service effectif (*b*).

Il faut donc constater l'accord des deux juridictions sur le point suivant : la compétence se détermine par des considérations de fait. L'homme qui vit effectivement à la caserne comme militaire est justiciable des tribunaux militaires, même dans le cas où sa présence dans le corps

de troupe ne serait pas légalement régulière. Le seul fait de sa présence au corps, comme militaire, rend l'inculpé justiciable des conseils de guerre.

La jurisprudence n'a pas varié sur ce point. (V. Foucher sous le n° 198). Elle se trouve justifiée par la nécessité de sauvegarder la discipline et la subordination par une répression certaine, rapide et ferme, de tous les mauvais exemples donnés dans un milieu où ils pourraient avoir les plus graves conséquences.

On ne peut qu'approuver cette interprétation, qui, bien qu'extensive de la lettre de la loi, en respecte et en consacre l'esprit.

II. — *Militaires en permission ou en congé*

(article 57, C. J. M., paragraphe 2)

a) Aux termes de l'article 57 C. J. M., les militaires en congé ou en permission restent justiciables des conseils de guerre pour les crimes et délits prévus par le titre II du livre IV du dit Code. Les voies de fait avec préméditation, envers un supérieur, étant comprises dans le dit titre II du livre IV, le Conseil de guerre était compétent pour juger un militaire en permission accusé de ce crime. (Paris, 27 septembre 1886).

b) Aux termes de l'article 57 C. J. M., les tribunaux ordinaires sont seuls compétents pour connaître, à l'exclusion des tribunaux militaires, des crimes et délits de droit commun commis par des militaires en congé. (Paris, 20 décembre 1880).

c) Aux termes de l'article 57 C. J. M., les tribunaux ordinaires sont seuls compétents pour connaître, à l'exclusion des tribunaux militaires, des crimes et délits de droit commun commis par des militaires en congé ou en permission. Le militaire qui s'absente de sa garnison avec une permission écrite de son chef de corps ou de service, même pour une durée de 24 heures, est permissionnaire dans le sens de l'article 57 et les dispositions de cet article lui sont applicables. Est donc nul le jugement rendu par le Conseil de guerre de... qui s'est déclaré compétent pour connaître d'un délit de vol au préjudice d'un habitant, commis par un militaire en permission régulière de 24 heures. (Paris, 11 décembre 1893).

d) La permission est un titre régulier émanant du chef de corps, en vertu duquel un militaire est à la fois libéré des obligations du service et autorisé à quitter sa garnison pendant un temps déterminé. La permission de 24 heures ayant ces caractères produit, au point de vue de la compétence, les effets prévus par l'article 57 § 2 du C. J. M. (Cass., 23 juillet 1908).

e) La permission étant le titre régulier émanant d'un chef de corps, en vertu duquel un militaire est à la fois libéré des obligations du service et autorisé à quitter sa garnison pendant un temps déterminé, restent justiciables des conseils de guerre les militaires bénéficiaires d'une permission de minuit les dispensant simplement de l'appel du soir, mais sans les autoriser à quitter la garnison. (Cass. 30 janvier 1912, 22 août 1912).

7. — Aux termes de l'article 56, 1°, les militaires et assimilés ne sont justiciables des conseils de guerre que lorsqu'ils sont en activité de service ou portés présents sur les contrôles de l'armée ou détachés pour un service spécial.

Il résulterait de cette disposition que les tribunaux militaires seraient incompétents pour juger les personnes visées par son texte, lorsqu'elles ne se trouveraient pas dans l'une des positions qui y sont spécifiées, par exemple, lorsqu'elles seraient en congé ou en permission. Mais l'article 57 indique que les tribunaux militaires conservent une partie de leur compétence vis à-vis des personnes qui ne sont que momentanément dégagées des obligations militaires. (Tel est le cas des militaires en permission ou en congé). Les conseils de guerre restent compétents, dans ce cas, pour juger certaines infractions ayant un caractère militaire à raison de leur nature, de la position de l'inculpé ou des circonstances dans lesquelles elles se sont produites. Ces infractions, qualifiées « délits militaires », ont été réunies dans le titre II du livre IV.

Le rapporteur de la loi de 1857 justifiait cette exception à la règle posée par l'article 56, en faisant remarquer que le militaire en congé ou en permission n'a pas cessé d'être soldat, qu'il reste à la disposition du Ministre qui peut l'obliger, au premier signal, à rejoindre le drapeau et que par suite les plus hauts intérêts d'ordre public

prescrivent de le soumettre au devoir militaire. Pour maintenir l'autorité et l'unité de la discipline, il est nécessaire que toutes les sanctions pénales, destinées à la sauvegarder, soient applicables à tous les militaires, même à ceux qui sont régulièrement dispensés du service pour un temps passager.

Les deux premières décisions du Conseil de révision de Paris visées ci-dessus se bornent à appliquer le principe : les conseils de guerre sont compétents, dans le cas que nous étudions, pour les crimes et délits prévus par le titre II du livre IV ; mais lorsqu'il s'agit d'une infraction de toute autre nature, il faut recourir aux tribunaux ordinaires.

8. — Quel est le champ d'application du principe ainsi posé ?

Il ne peut y avoir de doute sur les conditions dans lesquelles un militaire doit être considéré comme étant en congé régulier. Cette position comporte, en effet, l'autorisation de s'absenter pendant une période d'assez longue durée, un mois au minimum. Aucune difficulté ne pourra donc se produire, lorsqu'il s'agira de poursuivre un militaire en congé, inculpé d'un crime ou délit : le Conseil de guerre sera compétent si l'infraction est prévue par le titre II du livre IV du C. J. M. ; dans tous les autres cas, la juridiction de droit commun devra seule être saisie.

Mais, l'expression « permission » s'applique aussi bien à l'autorisation de s'absenter régulièrement pendant une durée de 30 jours qu'à une simple dispense d'un service déterminé, de quelques heures, d'un exercice, par exemple, pour passer l'après-midi hors de la caserne. Faudra-t-il admettre, dans tous les cas, la solution indiquée plus haut ? La Cour de Cassation décide dans les arrêts rapportés ci-dessus (*cf. e.*) que la disposition de l'article 57, § 2, ne doit s'appliquer que lorsqu'il s'agit d' « un « titre régulier émanant du chef de corps, en vertu du- « quel un militaire est à la fois libéré des obligations « militaires et autorisé à quitter sa garnison pendant un « temps déterminé. »

Le militaire doit être autorisé à quitter sa garnison ; la condition est réalisée dans le cas d'une permission de 24 heures, et l'arrêt du 23 juillet 1908, conforme à la décision du Conseil de révision de Paris du 11 décembre 1893, admet, dans ce cas, la compétence des tribunaux ordinaires pour les crimes et délits de droit commun. (Article 57, § 2).

Au contraire, cette condition n'étant pas réalisée s'il s'agit d'une permission de minuit qui ne dispense que de l'appel du soir, le militaire qui en est bénéficiaire demeure, sans réserve, justiciable des conseils de guerre (article 56), parce qu'il ne se trouve pas dans la situation prévue par l'article 57 § 2.

La définition donnée par la Cour de Cassation permettra de déterminer sans difficulté, dans tous les cas, la juridiction compétente.

LIVRE III

Procédure devant les Tribunaux militaires

I. — *Abandon de l'accusation*

a) L'abandon fait par le Commissaire du Gouvernement à l'audience de l'accusation ne peut servir de fondement à l'acquittement de l'accusé ; les juges ne sont pas liés par les conclusions du ministère public, quelles que soient ces conclusions. (Conseil de révision d'Alger, 10 septembre 1885).

b) N'est pas légalement motivé le jugement de relaxe basé sur l'abandon de la poursuite par le ministère public. Le juge resté saisi de la poursuite, doit statuer sur le fond. (Cassation, 3 juillet 1909).

c) Le désistement du ministère public ne dispense pas le juge de statuer sur les faits de la poursuite. (Cassation, 28 décembre 1912).

9.— L'indépendance du Ministère public est une des règles les plus certaines de notre droit criminel. Elle se caractérise par la double proposition que le Ministère public a la faculté d'agir suivant son jugement et sa conscience, et qu'il a le droit de prendre, dans toutes les circonstances, les réquisitions que lui suggèrent le devoir et une conviction éclairée.

Par suite, si l'officier du ministère public, après avoir exercé l'action publique, soit spontanément, soit par ordre de ses chefs, estime, à la lumière des débats, que la poursuite n'est pas fondée, il conserve le droit intangible d'abandonner l'accusation à l'audience et de requérir le relaxe du prévenu : « Si la plume est serve, la parole est libre. »

Quelle sera dans cette hypothèse la situation du tribunal saisi ? Sans doute, c'est l'initiative seule du ministère public qui l'a investi de la connaissance de la poursuite et il semble qu'on pourrait dire que, de même qu'il est

maître de ne pas saisir la juridiction répressive par son inaction, le ministère public, par son abandon de la poursuite, devrait logiquement la dessaisir.

Ce raisonnement se heurterait à ce principe incontestable en droit pénal français que le ministère public n'a pas la *disposition* de l'action publique, qui appartient à la société seule, qu'il en a seulement, par délégation de celle-ci, l'*exercice*. D'où ce corollaire, notamment, que le ministère public ne peut pas, par un désistement, arrêter les suites de l'action qu'il a intentée : les juges ont le droit de statuer sur l'action publique dès qu'ils en sont saisis et par là même qu'ils en sont saisis. (V. Garraud, Précis de droit criminel n° 356, *passim*). Dans l'exercice de leur mission, ils sont souverains ; ils jouissent d'une indépendance et d'une liberté absolue d'appréciation et ne sont nullement liés par l'opinion ou les conclusions écrites ou orales du ministère public.

Les décisions conformes des conseils de révision et de la Cour de Cassation citées ci-dessus ne font qu'appliquer ces principes, sanctionnés d'ailleurs, en matière pénale ordinaire, par une jurisprudence constante. (V. notamment : Cass. 18 avril 1859, Sirey 59-1-177 — 21 juin 1877, Sirey 78-1-46. — 4 avril 1879, Sirey 81-1-90).

II. — *Accusation non purgée*

a) Doit être cassé le jugement du conseil de guerre qui omet de statuer sur une circonstance aggravante quand le fait constituant cette circonstance aggravante est punissable et alors même que le fait principal aurait été écarté. (Paris, 4 mai 1905).

b) Le jugement d'acquittement intervenu sans qu'il ait été statué sur un des chefs de la prévention doit être annulé, quant à ce chef, sur le pourvoi du ministère public, comme vicié dans l'un de ses éléments essentiels pour violation des art. 132, 136, 74 du C. J. M. (Paris, 5 mai 1892),

c) Lorsque le président du conseil de guerre n'a pas purgé l'accusation en posant au Conseil toutes les questions résultant

de l'ordre de mise en jugement, le jugement d'acquittement manque de base légale et le recours du commissaire du gouvernement peut être exercé en vue de son annulation absolue. (Même décision).

d) Le commissaire du gouvernement a le droit de poursuivre l'annulation de l'acquittement intervenu à la suite d'une déclaration incomplète et la cassation doit être prononcée avec renvoi. (Cass., 10 mars 1911).

e) Le commissaire du gouvernement peut se pourvoir en cassation à l'effet d'assurer le jugement d'une accusation qui n'a pas été soumise en entier à la décision du conseil de guerre. (Cass., 7 juin 1913).

f) Au cas de poursuites pour outrages par paroles à un supérieur pendant le service, il y a lieu à cassation du jugement du conseil de guerre, alors que l'accusation n'est pas purgée en ce que la question de savoir si l'outrage a été commis pendant le service n'est pas formulée. (Cass., 16 janvier 1913).

10.— La loi attache à la chose jugée par les juridictions de jugement une présomption de vérité qui ne permet plus de remettre en question ce qui a été définitivement décidé. Cette règle, admise par les législations universelles, se justifie en matière pénale, tout à la fois par des considérations d'intérêt général et social et par une pensée d'équité : l'autorité des jugements n'existe qu'à la condition qu'ils soient inattaquables, mais l'équité et la justice commandent que la position de l'accusé ne demeure pas éternellement incertaine et que lorsque la juridiction compétente a définitivement statué, il soit assuré de ne jamais plus être inquiété pour le même fait. Le droit romain avait résumé ces principes dans une formule concise qui est devenue traditionnelle en droit pénal : « *non bis in idem* » et que notre droit positif n'a fait que reproduire dans les articles 246 et 360 du Code d'instruction criminelle et dans l'article 137 C. J. M.

Mais pour que ces effets s'attachent à la décision de la juridiction répressive, il est d'évidence qu'il est indispensable qu'elle ait statué sur l'ensemble de l'accusation portée contre l'inculpé, sur tous les faits constituant l'incrimination posée par l'ordre de mise en jugement, délit principal et circonstances aggravantes s'il y a lieu.

Si donc les juges du fait omettent de statuer sur l'un de ces éléments, si l'accusation n'est pas complètement purgée, la décision intervenue sera insusceptible de produire les effets de la chose jugée. Elle sera incomplète, irrégulière, puisque privée de l'un de ses attributs essentiels, et partant encourra l'annulation.

Ici encore, conseil de révision et Cour de Cassation marquent, par les décisions ci-dessus, leur accord à sanctionner l'un des principes les plus certains et les plus justifiables de notre droit pénal.

III. — *Accusé expulsé*

a) Si l'accusé a été expulsé de l'audience, le défenseur doit quand même être entendu. (Paris, 10 juin 1886).

b) Est régulier et ne contient aucune violation des droits de la défense le jugement qui constate que l'accusé *ayant par des clameurs mis obstacle au libre cours de la justice,* le président usant du droit à lui conféré par l'article 119 du C. J. M. l'a fait expulser et a dit qu'il serait procédé aux débats et au jugement comme si l'accusé était présent et qui mentionne également que le greffier a donné lecture au dit accusé de la décision rendue et l'a averti de son droit de se pourvoir en cassation conformément aux articles 120 C. J. M et 44 de la loi du 17 avril 1905. (Cass. 16 novembre 1906.)

c) L'attitude indisciplinée de l'accusé n'autorise pas le président à faire expulser l'accusé quand il n'est pas constaté au jugement qu'elle était de nature à causer du tumulte et à mettre ainsi obstacle au libre cours de la justice. (Cass. 13 novembre 1913.)

11. — La faculté accordée au président par l'art. 119 C. J. M. d'ordonner l'expulsion de l'accusé qui, par son attitude, met obstacle au libre cours de la justice, constitue une atteinte, nécessaire et justifiée sans doute, mais incontestable, aux droits de la défense.

Il importe donc d'en restreindre l'application et les effets dans la mesure strictement commandée par son objet même, c'est-à-dire les nécessités de la bonne administration de la justice.

Les décisions ci-dessus citées s'inspirent toutes trois de cette pensée, celles de la Cour de Cassation (*b*, *c*), en limitant l'application de l'art. 119 au cas, expressément prévu par ce texte, d'obstacle mis par le prévenu au libre cours de la justice ; celle du Conseil de révision de Paris (*a*) en proclamant qu'en tout état, les droits supérieurs de la défense doivent être satisfaits, dans la mesure du possible, par la parole de l'avocat.

IV. — *Acquittement*

a) En cas d'acquittement, l'annulation du jugement peut être poursuivie par le ministère public dans l'intérêt de la loi et sans préjudice à la partie acquittée. (Paris, 9 décembre 1881 — 27 mai 1886.)

b) L'art. 144 C. J. M. qui n'autorise à poursuivre l'annulation des jugements d'acquittement que dans l'intérêt de la loi ne s'applique qu'aux délits militaires. (Cass. 8 février 1908 — 13 novembre 1913).

12. — L'étendue du droit de recours accordée, en droit pénal militaire, au commissaire du gouvernement contre un jugement qui prononce l'acquittement ou l'absolution de l'accusé, est précisée par l'art. 144 C. J. M. combiné aux articles 409 et 410 du Code d'instruction criminelle. En vertu de ces textes, le commissaire du gouvernement ne peut poursuivre, dans l'hypothèse d'acquittement ou d'absolution, l'annulation du jugement que dans l'intérêt de la loi et sans préjudicier à la partie acquittée. La règle doit s'appliquer sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit.

Le Conseil de révision de Paris dans les décisions citées (*a*) s'est purement et simplement conformé à ces textes.

13. — La Cour de Cassation, par les deux arrêts rapportés ci-dessus (*b*), a très justement rappelé que leur champ d'application doit être limité aux seuls délits militaires. En effet, en droit pénal ordinaire, l'étendue du droit de recours accordé au ministère public en

cas d'acquittement est différente suivant qu'il s'agit de crime ou de délit. En matière criminelle, c'est l'art. 409 qui sera appliqué ; en matière simplement délictuelle, l'art. 413 C. I. C. dispose que le recours sera ouvert au ministère public en toute hypothèse, sans distinction entre les jugements d'acquittement ou de condamnation. L'art. 144 C. J. M. a limité ce droit du ministère public devant les Conseils de guerre dans les termes précisés plus haut. Mais il est rationnel et juridique de décider que cette limitation doit être elle-même restreinte aux délits purement militaires ; dès lors que le Conseil de guerre aura statué sur une poursuite basée sur un délit de droit pénal ordinaire, le droit commun de l'art. 413 C. I. Cr. devra retrouver sa légitime application.

V. — *Actes de l'information accomplis au corps*
(Art. 104 du Code de Justice Militaire)

a) Le rapporteur a le droit de ne pas entendre de nouveau un témoin entendu par l'officier de police judiciaire délégué par le chef de corps dans les formes prescrites par les art. 86 et 92 du C. J. M. (Paris 17 décembre 1885. — *J. O.* du 9 janvier 1886).

b) Le rapporteur peut s'approprier sans être tenu de les recommencer les actes de l'information accomplis par l'officier de police judiciaire compétent. (Cass. 7 septembre 1911).

14. — Ces décisions se bornent à faire une application concordante des termes de l'art. 104 C. J M. La faculté ainsi laissée au rapporteur est évidemment subordonnée à cette condition essentielle que les formes régulières prescrites par le C. J. M. aient été suivies devant l'officier de police judiciaire compétent.

VI. — *Annulation pour fausse application de la peine*
(Déclaration de culpabilité maintenue)

a) Est nul le jugement qui prononce une peine inférieure à un an de prison pour vol tombant sous le coup de l'art. 248 C. J. M., la déclaration de culpabilité étant maintenue ainsi

que les circonstances atténuantes. (Alger, 23 mars 1882. — 24 avril 1884).

b) Est nul le jugement qui prononce la peine de mort contre un individu convaincu d'un des crimes prévus par l'art. 91 du C. P., la peine de mort en matière politique ayant été abolie par l'art. 5 de la Constitution du 4 novembre 1848. La déclaration de culpabilité est maintenue. (Alger, 12 janvier 1882).

c) Est nul le jugement qui condamne un accusé à 6 mois de prison pour refus d'obéissance, la déclaration de culpabilité maintenue. (Alger, 25 janvier 1883).

d) En cas d'annulation pour fausse application de la peine, l'annulation ne s'étend pas à la déclaration de culpabilité qui est maintenue. (Paris, 20 juin 1883 et 20 juillet 1883).

e) Doit être cassé le jugement d'un conseil de guerre qui prononce les peines d'un article faussement appliqué, alors même que la peine prononcée serait la même que celle de l'article qui aurait dû être appliquée. (Paris, 3 septembre 1883).

f) La fausse application d'une loi pénale, par suite d'une erreur d'interprétation, emporte nullité du jugement de condamnation, alors même qu'à raison de l'admission des circonstances atténuantes, la peine se trouve justifiée par la loi qui devait être appliquée au fait déclaré constant. La culpabilité et les circonstances atténuantes maintenues. (Paris, 13 septembre 1883).

g) L'accusé reconnu coupable de vol commis la nuit dans un lieu clos ne peut être condamné qu'aux peines édictées par l'art. 401 C. P. En conséquence, doit être annulé le jugement qui, dans ces circonstances, a prononcé la peine des travaux forcés, la déclaration de culpabilité étant maintenue. (Alger, 21 mai 1884).

h) Un conseil de guerre ne peut remplacer l'amende encourue pour le délit d'ivresse par un emprisonnement supérieur à un mois. (Paris, 17 juillet 1884).

i) Est nul le jugement qui, en matière d'escroquerie, condamne l'accusé à l'emprisonnement seulement. L'art. 405 C. P. édicte une amende qui doit être prononcée, à moins d'admission de circonstances atténuantes. La déclaration de culpabilité est maintenue. (Paris, 28 septembre 1885).

j) Il y a nullité si on n'a pas prononcé l'amende pour un vol commis dans les champs, sans circonstances atténuantes. La déclaration de culpabilité doit être maintenue. (Alger, 16 septembre 1886).

k) Est nul, en ce qui concerne l'application de la peine seulement, le jugement du conseil de guerre qui condamne un militaire reconnu coupable, avec circonstances atténuantes, d'outrages et voies de fait envers un supérieur pendant le service à

un an de prison, les déclarations de culpabilité étant maintenues. (Paris, 13 octobre 1904).

l) Est nul, en ce qui concerne l'application de la peine, le jugement qui, ayant admis la culpabilité du prévenu pour abandon de poste et dissipation d'effets mi itaires à lui remis pour le service, avec admission de circonstances atténuantes, prononce le maximum de la peine. La déclaration de culpabilité et le bénéfice des circonstances atténuantes étant maintenus. (Paris, 3 avril 1905).

m) Doit être cassé le jugement qui, après avoir déclaré un individu coupable du délit d'espionnage prévu et puni par les art. 3 et 8 de la loi du 18 avril 1886, sans avoir admis les circonstances atténuantes, ne l'a condamné qu'à une peine d'emprisonnement. Lorsque l'annulation d'un jugement d'un conseil de guerre n'est prononcé que pour fausse application de la peine, elle ne s'étend pas à la déclaration de culpabilité, celle-ci est maintenue. (Cass., 31 janvier 1907 et 17 oc'obre 1907).

n) La cassation est partielle en ce sens que la déclaration de culpabilité est maintenue, mais elle s'étend à la peine d'emprisonnement et la juridiction de renvoi doit statuer à nouveau tant sur la peine d'emprisonnement que sur la peine d'amende. (Cass., 17 octobre 1907).

o) En cas d'annulation pour fausse application de la peine, l'annulation ne s'étend pas à la déclaration de culpabilité qui est maintenue. (Cass., 21 décembre 1907, 12 janv. 1908, 24 septembre 1908, 14 janvier et 20 mars 1909, 6 juin 1912, 16 janvier 1913 et 12 décembre 1913).

p) Doit être cassé le jugement qui applique une peine autre que celle prévue par l'article visé. (Cass., 11 janvier 1908 et 13 août 1908).

q) Doit être cassé le jugement du conseil de guerre qui condamne à la peine des travaux publics, alors que par suite des circonstances atténuantes, il ne pourrait appliquer qu'un emprisonnement de 2 mois à 5 ans. En ce cas, cassation partielle. (Cass,, 7 février 1908).

r) Est sujet à cassation, sur le pourvoi du commissaire du gouvernement, le jugement du conseil de guerre qui, en l'absence de circonstances atténuantes, prononce une peine inférieure au minimum fixé par la loi pénale. (Cass., 7 mai et 24 sept. 1908, 17 mai 1912).

s) Doit être cassé le jugement du conseil de guerre qui déclare un militaire coupable d'avoir soustrait frauduleusement des armes au préjudice de l'Etat et, sans avoir admis les circonstances atténuantes, le condamne à une simple peine d'emprisonnement. En ce cas la cassation doit être partielle. (Cass., 2 juillet 1908),

t) Doit être cassé le jugement qui, après avoir déclaré un individu coupable du délit prévu et puni par l'art. 2 de la loi du 28 juillet 1894, ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes, sans circonstances atténuantes, ne l'a condamné qu'à une peine d'emprisonnement. (Cass., 21 juillet 1909).

u) Quand les causes de nullité relevées affectent tout à la fois la peine prononcée et la déclaration de culpabilité, l'art. 170 du C.J.M. ne peut recevoir son application et l'annulation doit être prononcée pour le tout. (Cass., 6 novembre 1909).

v) Le jugement qui prononce les travaux forcés à temps et la dégradation militaire contre l'individu déclaré coupable d'un fait emportant la peine de mort sans dégradation militaire et en faveur de qui des circonstances atténuantes ont été admises doit être cassé. L'accusé ne peut, en ce cas, encourir que la peine des travaux publics sans dégradation militaire. La déclaration de culpabilité et celle relative à l'admission des circonstances atténuantes restant maintenues. (Cass., 17 février 1910).

x) L'individu déclaré coupable de bris de clôture sans circonstances atténuantes doit être condamné non seulement à l'emprisonnement, mais aussi à la peine d'amende édictée cumulativement par l'art. 456 C. P. Lorsque l'annulation du jugement du conseil de guerre n'est prononcée que pour fausse application de la peine, elle ne s'étend pas à la déclaration de culpabilité, celle-ci reste maintenue. (Cass., 18 août 1910).

y) Lorsque l'annulation du jugement d'un conseil de guerre n'est prononcé que pour fausse application de la peine, elle ne s'étend pas à la déclaration de culpabilité. L'annulation encourue du chef de la disposition qui accorde le sursis s'étend à la peine qui a été prononcée. (Cass., 22 septembre 1910).

z) Doit être cassé le jugement du conseil de guerre qui prononce une peine de cinq années d'emprisonnement contre un militaire coupable, avec circonstances atténuantes, de destruction d'effets et de voies de fait envers les membres du conseil de guerre, alors que l'admission des circonstances atténuantes devait, dans ce cas, entraîner l'application de la peine des travaux publics. (Cass., 25 octobre 1910).

a') Est sujet à cassation le jugement du conseil de guerre qui prononce une peine d'emprisonnement alors que, par application de l'art. 254 du C. J. M. sans circonstances atténuantes, la peine applicable est celle des travaux publics, mais la déclaration de culpabilité est maintenue. (Cass., 24 novembre 1910).

b') La détermination de la peine, par suite d'une interprétation erronée de la loi pénale, emporte nullité, alors que, à raison de l'admission des circonstances atténuantes, la peine prononcée se trouverait justifiée par la loi dont l'application était encourue. (Cass., 20 avril 1912).

c') Doit être annulé le jugement du conseil de guerre qui, en violation de l'art. 456 du C. P., ne condamne qu'à une peine d'emprisonnement pour bris de clôture le prévenu auquel il n'a pas accordé le bénéfice des circonstances atténuantes. Dans ce cas, l'annulation n'étant prononcée que pour fausse application de la peine, ne s'étend pas à la déclaration de culpabilité, celle-ci est maintenue. (Cass., 6 juin 1912).

d') Doit être cassé le jugement qui applique au délit de rébellion déclaré constant la peine édictée par l'art. 203 du C. P.; en ce cas, la cassation est partielle. (Cass., 31 octobre 1912).

e') Doit être cassé, sur le pourvoi du commissaire du gouvernement, le jugement qui, sur une déclaration inopérante de circonstances atténuantes, prononce une peine inférieure au minimum édicté par la loi. Le renvoi, en ce cas, n'est ordonné que pour l'application de la peine, la culpabilité étant maintenue. (Cass., 13 mars 1913).

f') Doit être cassé le jugementqui se borne à prononcer une peine d'emprisonnement, alors que par application de l'art. 230 du C. P. une peine d'amende devait également être prononcée. Dans ce cas, la déclaration de culpabilité est maintenue. (Cass., 19 décembre 1912).

g') Doit être annulé le jugement du conseil de guerre qui, en violation de l'art. 456 du C. P., ne condamne qu'à une peine d'emprisonnement pour bris de clôture le prévenu auquel il n'a pas accordé le bénéfice des circonstances atténuantes. Dans ce cas l'annulation ne s'étend pas à la déclaration de culpabilité. (Cass., 16 janvier 1913).

h') Lorsque la peine applicable est celle d'emprisonnement, l'admission des circonstances atténuantes, si elle n'impose pas au juge l'obligation de réduire la peine au-dessous du minimum, ne permet pas, sous peine de contradiction, de prononcer le maximum. — Déclaration de culpabilité et celle relative à l'admission des circonstances atténuantes maintenues. (Cass., 28 octobre 1910 et 3 juillet 1913).

i') Il y a lieu à annulation totale pour fausse application de la peine, la juridiction de renvoi devant apprécier intégralement la mesure de la répression que peuvent comporter les faits, la déclaration de culpabilité demeurant maintenue. (Cass., 12 décembre 1913)

j') Doit être cassé le jugement qui condamne un prévenu reconnu coupable de viol, avec circonstances atténuantes, à une peine inférieure au minimum fixé par la loi. La déclaration de culpabilité et celle relative aux circonstances atténuantes demeurant maintenues. (Cass., 8 janvier 1914).

k') Nullité du jugement (*parte in qua*) prononçant une amende comme peine accessoire en dehors des cas prévus par l'art. 164

du C. P. (Paris, 23 juin 1883, 20 juillet 1883.— (Cass., 13 janvier 1910).

l') En matière d'abus de confiance, la condamnation à une amende supérieure au minimun de l'art. 406 du C. P. manque de base légale si le jugement ne contient pas l'évaluation du dommage causé par le délit. (Cass., 30 octobre 1913).

m') Doit être annulé, seulement en ce qui concerne l'application de la peine, le jugement du conseil de guerre qui, en condamnant un accusé pour l'un des crimes prévus par les articles 132 et 163 du C. P., omet de prononcer la peine accessoire de l'amende. (Alger, 16 septembre 1886. Cass., 5 janvier 1911, 16 mars 1911 et 21 décembre 1911).

15. — Il résulte des dispositions combinées des art. 74, § 3 et 170 C. J. M., qu'en cas d'annulation pour fausse application de la peine, la cassation est partielle en ce sens que les réponses du Conseil de guerre touchant les questions de culpabilité demeurent acquises et maintenues et que le Conseil de guerre de renvoi doit statuer seulement, en l'état, sur la peine à prononcer.

Les décisions citées ci-dessus font des applications de ce principe à des espèces variées se ramenant toutes à deux cas essentiels : peine prononcée trop forte, peine prononcée trop faible ou incomplète.

16. — Trois décisions, l'une du Conseil de révision de Paris *(l)*, les autres de la Cour de Cassation (*h'*), s'inspirant d'une doctrine conforme, méritent une mention spéciale. Dans les espèces qui y ont donné lieu, le Conseil de guerre, après avoir admis en faveur de l'accusé les circonstances atténuantes, lui avait néanmoins appliqué le maximum de la peine. Le Conseil de révision de Paris et la Cour de Cassation sont d'accord pour reconnaître très justement l'irrégularité d'une telle sentence en raison de la contradiction qu'elle contient.

VII. — *Annulation par voie de retranchement et sans renvoi*

a) Quand de deux peines encourues, la moins forte, non appliquée, emporte obligatoirement une amende, le Conseil de guerre commet une fausse application de la loi en ajoutant à

la peine appliquée l'amende. Le Conseil de révision doit casser la disposition qui concerne l'amende seulement, le surplus du jugement étant maintenu (Paris, 29 juin 1883).

b) Est nulle la disposition du jugement qui applique la peine accessoire de l'amende, en vertu de l'art. 164 C. P., dans le cas de faux en matière d'administration militaire ; dans l'espèce, l'annulation doit être prononcée par voie de retranchement et sans renvoi. (Paris, 20 juillet 1883).

c) Il est admis par la jurisprudence actuelle que, lorsqu'il ne reste plus rien à juger, le Conseil de révision peut annuler par voie de retranchement et sans renvoi les parties accessoires du dispositif incompatibles avec la peine illégalement prononcée (Alger, 22 décembre 1887).

d) Lorsque des condamnations antérieures mettent obstacle à l'obtention du sursis, la disposition du jugement qui en fait bénéficier le condamné doit être annulée par voie de retranchement (Paris, 22 décembre 1904).

e) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable d'outrages envers des supérieurs en dehors du service et de bris de clôture, le Conseil de guerre qui prononce la peine d'emprisonnement pour outrages ne peut y ajouter l'amende pour bris de clôture. — Annulation par retranchement (Paris, 22 juin 1905).

f) Le jugement du Conseil de guerre qui prononce contre un accusé convaincu de deux délits distincts une peine d'emprisonnement pour le premier et une peine d'amende pour le second, doit être annulé dans la partie relative à l'amende pour violation de l'art. 135 C. J. M. (Cass., 12 septembre 1907).

g) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de bris volontaire d'objets de casernement et de bris de clôture, le Conseil de guerre qui prononce la peine d'emprisonnement pour le premier délit ne peut y ajouter la peine encourue par le bris de clôture. — Annulation par voie de retranchement (Cass. 13 janvier 1910).

h) Lorsque deux poursuites distinctes, dirigées contre le même prévenu, ont été portées à la même audience, que le défenseur a conclu à la jonction des causes et à l'application d'une peine unique, et que, néanmoins, le Conseil de guerre a statué par deux jugements, les deux peines d'emprisonnement qu'il prononce peuvent se cumuler, pourvu que, réunies, elles n'excèdent pas le maximum de la plus forte ; mais s'il a été prononcé une peine d'amende puisée dans la pénalité la plus faible, elle doit être absorbée par la pénalité la plus forte, si celle-ci ne comporte pas de peine pécuniaire. La cassation a lieu en ce cas sans renvoi et la Cour ordonne la confusion (Cass. 13 mai 1910).

i) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de voies de fait envers un inférieur et d'outrage public à la pudeur, le Conseil de guerre qui prononce la peine d'emprisonnement édictée pour les voies de fait ne peut y ajouter celle de l'amende encourue pour l'outrage public à la pudeur. Annulation par voie de retranchement (Cass. 27 avril 1911).

j) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de désertion et de bris de clôture, le Conseil de guerre qui prononce la peine d'emprisonnement édictée pour la désertion ne peut y ajouter celle de l'amende encourue pour le bris de clôture, — Annulation par voie de retranchement (Cass. 11 mai 1911).

k) Viole l'art. 135 C. J. M. la décision d'un Conseil de guerre qui prononce deux peines distinctes à raison de deux délits compris dans la même poursuite. — Annulation par voie de retranchement sans renvoi (Cass. 24 octobre 1912).

l) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de désertion et d'abus de confiance, le Conseil de guerre qui prononce la peine d'emprisonnement édictée pour la désertion ne peut y ajouter celle encourue pour l'abus de confiance. — Annulation par voie de retranchement (Cass. 17 avril 1913).

m) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de refus d'obéissance, d'outrages par paroles et menaces envers un supérieur dans le service, de rébellion envers la force armée et de bris de clôture, le Conseil de guerre qui prononce la peine des travaux publics pour outrages par paroles et menaces envers un supérieur dans le service ne peut y ajouter l'amende pour le bris de clôure. — Annulation par voie de retranchement (Cass. 22 janvier 1914).

17. — L'article 167 C. J. M. dispose que lorsque le Conseil de révision rend une décision d'annulation, il doit prononcer le renvoi de l'affaire, soit devant la juridiction compétente si l'annulation est intervenue pour cause d'incompétence, soit devant un autre conseil de guerre s'il y a eu annulation pour tout autre motif. Les termes absolus de ce texte paraissent exclure le droit pour le Conseil de révision de pouvoir terminer jamais la poursuite par sa décision et lui imposer l'obligation de saisir, dans tous les cas, une juridiction de renvoi, même lorsque l'annulation ne porte que sur un retranchement.

Foucher (Commentaire, page 1044) a énergiquement soutenu cette thèse qui se réclamait de la précision du

texte de l'article 167 et de l'interprétation donnée par la Cour de cassation, sous l'empire de la loi du 18 vendémiaire an VI, article 18, dont le législateur de 1857 s'était manifestement inspiré.

Le Ministre de la Justice, dans une lettre du 17 avril 1872, a condamné cette interprétation et affirmé, pour le Conseil de révision, le droit d'annulation sans renvoi lorsque le renvoi devant une autre juridiction ne serait qu'une formalité sans objet et un retard inutile.

Vexiau (Commentaire du C. J. M.), sous l'article 167, s'est appuyé sur la doctrine ministérielle pour reconnaître la légalité de l'annulation sans renvoi en cas de retranchement.

La jurisprudence des conseils de révision affirmée par les décisions ci-dessus avait consacré cette interprétation peut-être plus prétorienne que juridique.

La Cour de cassation s'y est à son tour conformée, en sorte que l'unité de jurisprudence est aujourd'hui complète sur cette question. (Voir Discussion sous la rubrique XI, Livre IV. Non cumul des peines, n° 98.)

VIII. — *Appréciation souveraine du Conseil de guerre*

a) Les allégations du condamné relatives à des circonstances de fait ne peuvent être retenues par le Conseil de révision (art. 73 du C. J. M.). Il appartenait au condamné de les soumettre au Conseil de guerre (Paris, 10 août 1905).

b) Le Conseil de révision doit tenir pour constants les faits souverainement appréciés par les juges du Conseil de guerre et il ne lui appartient pas d'apprécier les preuves qui ont déterminé leur conviction. (Paris, 10 novembre 1881; 19 octobre 1905).

c) Il n'y a pas lieu de statuer sur un moyen pris d'une prétendue violation de la loi, alors que le Conseil de guerre a prononcé un acquittement en déclarant un prévenu non coupable pour des motifs inconnus de la Cour de cassation (Cass., 8 mai 1911).

d) Le caractère irréfragable de la décision du Conseil de guerre s'oppose à ce que la Cour de cassation tienne compte des allégations d'un condamné qui prétend que les faits rete-

nus à sa charge ne constituaient pas le délit de vol mais celui d'abus de confiance, alors qu'il n'a pris aucune conclusion à ce sujet devant le Conseil de guerre (Cass., 7 décembre 1911).

e) Est souveraine l'appréciation du Conseil de guerre relative à la valeur de la rectification faite sur le P. V. de notification d'un ordre de route (Cass., 17 février 1912).

f) Il n'appartient pas à la Cour de cassation d'examiner les pièces de la procédure et de contrôler par ce moyen l'appréciation du Conseil de guerre (Cass., 4 avril 1912).

g) L'appréciation souveraine du Conseil de guerre s'oppose à ce que la Cour de cassation tienne compte des allégations d'un prévenu qui, sans avoir pris des conclusions à ce sujet devant le Conseil de guerre, prétend que l'absence par lui faite et retenue à sa charge, sous la qualification d'abandon de poste, s'était produite en réalité à un moment où il n'avait pas encore rejoint son poste (Cass., 21 novembre 1912)

18. — Les Conseils de guerre sont investis, en matière de justice militaire, des pouvoirs absolus reconnus aux Cours d'assises dans l'appréciation du fait.

Le Code de justice militaire a posé ce principe dans son article 73 dont la disposition est empruntée à la loi du 18 vendémiaire an VI : « Les Conseils de révision ne con-« naissent pas du fond des affaires. »

Cette règle entraîne une conséquence certaine : le juge de révision n'a pas qualité pour apprécier les preuves qui ont déterminé la conviction des juges du fait. Comme le dit Foucher, dans une formule lapidaire : « Le procès « pour le Conseil de révision est entre la loi et le jugement « critiqué et non entre l'inculpé et ses juges ». Aussi bien, Conseil de révision et Cour de cassation ont-ils toujours été d'accord sur ce point. (Voir décisions ci-dessus, notamment *b* et *f*.)

19. — Mais il importe de préciser exactement la portée du principe de l'article 73 C. J. M. et d'éviter de lui donner une extension abusive. Cette règle ne fait pas obstacle, en effet, au droit incontestable du juge de révision de vérifier l'exactitude de la qualification donnée devant le Conseil de guerre aux faits incriminés. Contrôler la légalité de la qualification, ce n'est pas connaître le fond, mais, au contraire, rechercher si, un fait étant souverai-

nement déclaré constant par le Conseil de guerre, ce dernier l'a exactement classé dans la catégorie qui lui convient parmi les actes légalement punissables et si, partant, il lui a fait une application régulière de la loi, spécialement en ce qui touche la peine. La recherche de l'exactitude de la qualification se ramène donc à l'examen de l'exacte application de la peine aux faits déclarés constants, c'est-à-dire à une question sur laquelle l'article 74 § 3 du C. J. M. donne au Conseil de révision compétence et droit de juridiction.

Cette interprétation n'a jamais fait doute en doctrine. Les décisions ci-dessus citées des Conseils de révision et de la Cour de Cassation marquent l'harmonie de leur jurisprudence sur ce point.

IX. — *Articles visés dans un jugement* (Art. 140 C. J. M.) *ou un ordre de mise en jugement*

a) Le Général commandant la circonscription n'est pas tenu, dans un ordre de mise en jugement, de viser les articles de loi qui, n'étant qu'énonciatifs de la qualification du fait reproché et des circonstances de ce fait, ne prononcent aucune pénalité. (Alger, 5 juin 1884.).

b) Est nul l'ordre de mise en jugement qui se borne à une qualification vague de la poursuite sans préciser le crime ou le délit ni indiquer l'art. de loi qui le réprime. (Paris, 23 juin 1887.)

c) L'art. 140 du C. J. M. suivant lequel le jugement doit énoncer à peine de nullité le texte de la loi appliquée, vise uniquement le texte des dispositions légales qui édictent la peine mais n'exige pas l'énonciation de l'art. 463 C. P. (Cass., 4 janvier 1908).

d) L'art. 140 du C. J. M. qui veut que le jugement énonce à peine de nullité le texte de la loi appliquée exige seulement l'insertion au jugement du texte pénal appliqué. (Cassation, 6 mai 1910.)

e) L'art. 140 du C. J. M., suivant lequel le jugement doit énoncer à peine de nullité le texte de la loi appliquée vise uniquement les dispositions légales qui édictent la peine, mais n'exige pas l'énonciation d'autres textes. (Cass., 27 juillet 1911.)

20. — Au nombre des énonciations qui doivent être insérées dans le jugement à peine de nullité, l'art. 140

C. J. M. indique sous le n° 7 : « Le texte de la loi appliquée ».

Cette prescription pourrait s'entendre de diverses façons. A s'en tenir à la généralité de ses termes, on devrait admettre qu'elle vise tous les textes de loi qui justifient tout à la fois la poursuite — notamment en ce qui concerne la compétence, les réponses du Conseil de guerre sur la culpabilité avec les diverses modalités qu'elle comporte — et l'application de la peine. Mais la jurisprudence unanime des Conseils de révision et de la Cour de Cassation a toujours été fixée dans le sens d'une interprétation restrictive : elle limite l'observation de la prescription aux seuls textes qui édictent la pénalité applicable.

21. — Le Conseil de révision d'Alger a décidé (*a*) que les mêmes principes doivent être respectés en ce qui concerne l'ordre de mise en jugement.

X. — *Circonstances atténuantes*

a) Il ne résulte d'aucune disposition de loi que les tribunaux soient obligés, après une déclaration d'existence des circonstances atténuantes, d'abaisser la peine au-dessous du minimum ni même de prononcer le minimum de la pénalité applicable. (Paris, 7 août 1884.)

b) Il y a contradiction absolue entre les deux parties d'un jugement dans lequel les juges déclarent, dans la première partie, qu'il y a des circonstances atténuantes, c'est-à-dire que le prévenu ne mérite pas le maximum de la peine édictée par la loi et qu'il y a lieu de l'abaisser pour proportionner le châtiment à la culpabilité, et dans la deuxième appliquent précisément le maximum, c'est-à-dire déclarent que le prévenu mérite toutes les rigueurs de la loi. (Paris, 3 avril 1905.)

c) Quand la peine applicable au délit est celle de la prison, l'admission des circonstances atténuantes n'impose pas au Conseil de guerre l'obligation de réduire la peine au-dessous du minimum, mais elle ne lui permet pas, sous peine de tomber dans une contradiction flagrante, de prononcer le maximum. (Cass., 28 octobre 1910 ; 3 juillet 1913).

22. — Les décisions (*b* et *c*) ci-dessus ont été commentées plus haut sous la rubrique « Annulation pour fausse application de la peine ». (*l* et *h*' n° 16).

23.— La décision (*a*) complète les principes à suivre en ce qui concerne les effets de l'admission des circonstances atténuantes.

La règle qui se dégage de l'ensemble de ces décisions devra se formuler dans les termes suivants : « En cas « d'admission de circonstances atténuantes, les juges « ont la faculté de se mouvoir, pour l'application de la « peine, entre le minimum et une peine inférieure au « maximum. »

XI. — *Complexité*

a) Il y a nullité de jugement pour vice de complexité lorsque deux faits distincts, perpétrés à des dates différentes, ont été compris dans une seule question soumise aux juges. (Paris, 20 août 1880).

b) Est nulle, pour vice de complexité, la question qui, dans une accusation de voies de fait et d'outrages envers un gendarme dans l'exercice de ses fonctions d'agent de la force publique, comprend le fait principal de voies de fait ou d'outrages à un agent de la force publique et la circonstance aggravante que cet agent a été frappé ou outragé dans l'exercice de ses fonctions. (Paris, 22 juillet 1886.)

c) Est radicalement nulle pour vice de complexité la question subsidiaire unique d'excuse légale tirée de la provocation, lorsque, en violation des art. 132 du C. J. M. et 337 du C. I. C., elle se rattache à trois chefs d'accusation distincts, la comportant et ayant donné lieu à la position de trois questions distinctes résolues contre l'accusé. (Alger, 11 novembre 1886.)

d) La question subsidiaire déclarée constante est entachée de complexité et par suite de nullité, lorsqu'elle comprend dans un seul contexte le chef principal d'incendie volontaire d'une tente et la circonstance aggravante qu'elle servait à l'habitation. (Alger, 23 janvier 1890.)

e) Toute question qui embrasse dans son contexte les éléments constitutifs d'un fait répréhensible et les circonstances aggravantes qui les ont accompagnés est entachée d'un vice de complexité entraînant nullité. (Alger, 2 octobre 1890.)

f) En matière de coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner, le chef principal de coups et la circonstance aggravante de mort occasionnée doivent, à peine de nullité pour complexité, faire l'objet de questions distinctes et séparées. (Cass., 30 octobre 1908.)

g) La complexité des questions posées au Conseil de guerre entraîne la nullité de la déclaration de culpabilité. Il en est ainsi notamment dans le cas où un Conseil de guerre a été interrogé par une seule question sur un fait de vol et sur la circonstance aggravante de violence. (Cass., 3 mars 1910.)

h) La complexité relevée dans une question au Conseil de guerre ne vicie pas le jugement quand la peine est justifiée par les réponses affirmatives à d'autres questions. (Cass., 27 juillet 1911.)

i) L'art. 132 du C. J. M. prescrit que le Conseil de guerre soit interrogé par des questions distinctes sur le fait principal d'abord et ensuite sur chacune des circonstances aggravantes qui s'y rattachent. L'article précité est en conséquence violé, lorsque le Conseil de guerre est interrogé par une question unique sur trois vols en ce qui touche les circonstances aggravantes afférentes à chacun de ces vols. (Cass., 1er août 1912.)

24. — La fixation des règles à suivre dans la position des questions devant le tribunal de répression est l'un des objets les plus importants de la procédure criminelle. La question est, en effet, le point d'aboutissement de la poursuite ; c'est elle qui commande la décision à prendre sur la culpabilité. Il est donc essentiel que la question soit posée de telle sorte que la réponse qui y sera faite traduise exactement, et sans incertitude, l'opinion des juges sur les différents faits déférés à leur appréciation.

Le Code de justice militaire n'a cependant consacré qu'un court article, article 132, à la façon de poser les questions de culpabilité aux juges des conseils de guerre.

Les dispositions de ce texte étaient sans doute insuffisantes pour diriger avec certitude les conseils de guerre dans cette partie, peut être la plus délicate, de leur mission, et pour leur permettre d'éviter, dans leurs réponses, notamment l'écueil de la complexité.

Aussi bien, les conseils de révision et la Cour de cassation ont-ils été souvent amenés à rappeler aux conseils de guerre les principes qui dominent la matière et à com-

pléter ainsi la législation positive. Les règles qui résultent de cette jurisprudence prétorienne, combinées avec les dispositions de l'art. 132 du C. J. M., peuvent se résumer dans les propositions suivantes :

Il faut poser une question séparée :

1° Pour chaque fait ou groupe de faits constituant un délit distinct ;

2° Pour chaque circonstance aggravante.

S'il existe plusieurs délits distincts comportant chacun des circonstances aggravantes, il doit y avoir une question séparée pour chacun des faits principaux, et ensuite, pour chacune des circonstances aggravantes qui s'y rattachent.

3° Pour chaque excuse légale.

Lorsque ces règles ne sont pas observées, le jugement encourt l'annulation pour vice de complexité.

25. — La rigueur de ce principe comporte néanmoins un tempérament. Dans son arrêt du 27 juillet 1911 (*h*) la Cour de cassation a décidé, très justement, que la complexité relevée dans une question au conseil de guerre ne vicie pas le jugement, quand la peine est justifiée par les réponses affirmatives à d'autres questions. Dans cette hypothèse, en effet, l'annulation serait sans objet et partant inutile.

XII. — *Conclusions prises par la défense*

a) Les conclusions prises par la défense tendant à ce qu'il ne soit pas posé de question de circonstances aggravantes comme résultant des débats, créaient un incident contentieux qui devait être jugé par le conseil dans les formes indiquées par les articles 123 et 124 du C. J. M. (Paris, 20 août 1880).

b) Est nul le jugement qui omet de statuer sur des conclusions de l'accusé tendant à user d'un droit qui lui est accordé par la loi. (Alger, 24 mars 1881, 10 avril 1895 ; Paris, 11 décembre 1884).

c) En statuant par un seul et même jugement sur un incident soulevé par des conclusions du défenseur et sur le fond,

le conseil de guerre viole l'art. 123, qui ordonne de rendre sur-le-champ une décision motivée admettant ou rejetant la demande de l'accusé. En outre, en ne donnant pas connaissance de la décision intervenue en présence de l'accusé, en audience publique, avant de déclarer les débats clos et de statuer sur le fond de l'affaire, le président a porté atteinte aux droits de la défense. (Paris, 3 août 1895).

d) Les tribunaux ne peuvent faire état de conclusions qui ne sont revêtues d'aucune signature. (Cass., 20 août 1906).

e) Aucune nullité ne peut résulter de ce que le conseil de guerre n'aurait pas répondu aux conclusions de la défense contestant l'existence d'un des éléments du crime ou du délit déféré par l'ordre de mise en jugement. (Cass., 24 janvier 1908, 12 juillet 1912).

f) Le juge n'est pas tenu de répondre par des motifs spéciaux à des conclusions qui n'ont pour objet ni une exception proprement dite, ni un chef distinct de demande et se réduisant à de simples arguments de défense sur le fond. (Cass., 4 janvier 1909).

g) Encourt la censure l'arrêt qui ne répond pas à des conclusions prises par le prévenu. (Cass,, 26 octobre 1912).

h) Dans le cas où des conclusions sont prises par le défenseur de l'accusé pour dénier l'existence des éléments constitutifs de l'une des infractions poursuivies, la solution de ce moyen ne peut résulter que de la réponse qui doit être faite à la question posée, relativement à ce chef d'accusation, en conformité de l'art 132 du C. J. M. (Cass., 7 juin 1913).

26. — Dans la défense qu'il fournit devant le conseil de guerre, l'accusé peut faire appel à des moyens divers d'une extrême variété suivant les espèces, mais qui peuvent toujours se ramener à deux catégories : moyen de droit — argument de fait.

Lorsque l'accusé invoque un moyen de droit (exception ou demande préjudicielle, par exemple : incompétence, demande d'examen médical, position de questions subsidiaires, etc.), il donne naissance à ce qu'on est convenu d'appeler en justice militaire « un incident contentieux ». La création de l'incident contentieux produit cette conséquence essentielle qu'elle met le conseil de guerre dans l'obligation de trancher la question qu'il soulève dar jugement séparé distinct du jugement sur le fond.

Ce jugement incident est soumis à des formes spéciales, édictées par les art. 123 et 124 du C. J. M. Il doit, en outre, comme tout jugement, être motivé à peine de nullité.

L'obligation pour les juges du conseil de guerre de statuer par décision spéciale sur l'incident contentieux est sanctionnée par la nullité édictée par l'art. 74 § 5 du C. J. M.

Les décisions ci-dessus citées des conseils de révision et de la Cour de cassation ont fait des applications concordantes de ces principes.

27. — Un arrêt de la Cour de cassation du 20 août 1906 (*d*) refuse toute valeur à des conclusions qui ne seraient pas signées ; de telles conclusions seraient insusceptibles de créer un incident contentieux et le conseil de guerre ne serait pas, par suite, dans l'obligation d'y répondre.

28. — Mais l'ensemble des règles ci-dessus ne s'applique, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'au cas où l'accusé soulève un moyen de droit. Si sa défense se cantonne sur le terrain de la discussion du fait, il n'y a plus d'incident contentieux, le conseil de guerre n'est pas tenu de répondre par jugement séparé à des conclusions qui visent uniquement des circonstances de fond et les réponses faites aux questions sur la culpabilité sont considérées comme suffisantes pour vider le débat (*e*, *f*, *h*.).

XIII. — *Conclusions tardives ou absence de conclusions*

a) Une pièce est tardivement produite lorsqu'elle est produite devant le conseil de révision. (Alger, 27 septembre 1883).

b) Les tribunaux ne peuvent faire état des conclusions tardives déposées après le prononcé du jugement, ou d'un moyen au sujet duquel aucune conclusion n'a été déposée à l'audience. (Paris, 10 septembre 1885, 18 novembre 1886, 8 janvier 1887, 8 juin 1905, 21 septembre 1905, 21 décembre 1905).

c) Le militaire condamné pour homicide volontaire n'est pas fondé à soutenir devant la Cour de cassation que les faits constituaient un homicide par imprudence, alors que la qualification sur laquelle a statué le conseil de guerre était conforme à celle

de l'ordre de mise en jugement. Il appartenait à l'accusé de conclure à la position d'une question subsidiaire. (Cass., 22 décembre 1906).

d) Le caractère irréfragable de la décision du Conseil de guerre s'oppose à ce que la Cour de cassation tienne compte des allégations d'un prévenu qui n'a point pris de conclusions devant le Conseil de guerre pour le mettre à même de statuer sur les circonstances de fait d'où ce prévenu prétend déduire qu'il n'était pas en état de rébellion. (Cass. 6 février 1907).

e) Le caractère de la décision du Conseil de guerre s'oppose à ce que la Cour de cassation tienne compte des allégations d'un prévenu qui n'a point pris de conclusions devant le Conseil de guerre pour le mettre à même de statuer sur les circonstances de fait d'où ce prévenu prétend déduire qu'il n'était pas en état de désertion. (Cass., 26 avril 1907, 21 janvier 1909).

f) Le caractère irréfragable de la décision du Conseil de guerre s'oppose à ce que la Cour de cassation tienne compte des allégations d'un prévenu qui prétend que les faits retenus à sa charge ne constitueraient pas la dissipation d'effets militaires et l'outrage à un supérieur et qui n'a pris aucune conclusion à ce sujet devant le Conseil de guerre, (Cass., 21 novembre 1907).

g) La Cour de Cassation, qui ne connaît pas du fond des affaires, ne peut tenir compte des allégations d'un prévenu qui n'a pas pris, devant le Conseil de guerre, des conclusions à l'effet d'établir : 1° qu'une pièce du dossier a été changée au cours de l'information ; 2° que son état de désertion n'a pas été régulièrement constaté. (Cass., 23 novembre 1907).

h) Un pourvoi n'est pas recevable quand il s'appuie sur une prétention nouvelle qui aurait dû être soumise au Conseil de guerre qui aurait eu à apprécier le mérite et à vérifier l'exactitude des faits sur lesquels elle repose. Un tel moyen ne saurait être pour la première fois proposé devant la Cour de cassation. (Cass., 22 décembre 1910).

i) Le caractère irréfragable de la décision du Conseil de guerre s'oppose à ce que la Cour de cassation tienne compte des allégations d'un prévenu qui n'a pas pris des conclusions devant le Conseil de guerre pour le mettre à même de statuer sur une circonstance de fait. (Cass., 4 octobre 1912).

j) Ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation un moyen alléguant un cas de force majeure, et par suite mélangé de fait et de droit, qui n'a pas fait l'objet de conclusions devant les juges du fond. (Cass., 15 janvier 1914).

k) L'accusé qui a contesté la validité d'un acte d'engagement n'est pas recevable à soutenir, pour la première fois, devant la Cour de cassation, qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'engager la procédure devant la juridiction civile compétente lorsqu'il n'a point pris de conclusions à cet égard devant le Conseil de guerre. (Cass., 22 janvier 1914).

29. — Au nombre des cas d'annulation prévus par l'article 74 du C. J. M. figure, sous le n° 5, l'omission de statuer sur une demande de l'accusé ou du commissaire du gouvernement.

Est-ce à dire que le jugement du Conseil de guerre sera tenu, dans tous les cas, de répondre aux demandes de l'accusé, quel qu'en soit l'objet ou la forme, sous peine d'encourir la cassation ?

La jurisprudence résumée ci-dessus a sur ce point sainement interprété la loi. Au point de vue de la forme, elle a décidé que la demande, dans le sens de l'article 74 § 5, devait s'entendre d'une demande formulée par des conclusions écrites. Une demande purement verbale, dont il ne resterait aucune trace dans le dossier ou dans les procès verbaux des débats, ne produirait pas d'effet utile, et n'obligerait pas les juges du fait à y répondre. De là cette conséquence, affirmée par plusieurs décisions conformes des Conseils de révision et de la Cour de Cassation, que le juge de révision ne doit pas tenir compte d'éléments de défense, soulevés devant lui par l'accusé, qui n'ont pas été formulés par des conclusions écrites devant les juges du fond.

XIV. — *Contradiction*

a) Est contradictoire et ne peut servir de base légale à une condamnation, la déclaration des juges d'un Conseil de guerre qui, n'ayant pas eu à se prononcer à l'égard de l'auteur principal sur la question de savoir si les coups ont été portés avec préméditation, reconnaît l'existence de cette circonstance aggravante à l'égard du complice. (Paris, 17 décembre 1885).

b) Le Conseil de guerre qui, après avoir déclaré que trois accusés sont coupables d'avoir commis un vol comme co-au-

teurs, répond négativement à la question de savoir si le vol a été commis en réunion de deux ou plusieurs personnes, rend des déclarations contradictoires ne pouvant servir de base à une condamnation. (Paris, 21 septembre 1905).

c) Est nul le jugement du Conseil de guerre qui prononce une condamnation contre le prévenu de blessures volontaires après avoir répondu non coupable sur la question principale, et oui, l'accusé est coupable, sur la durée de l'incapacité de travail. (Cass., 18 octobre 1906).

d) Sont contradictoires, et par suite entachées de nullité, les réponses du Conseil de guerre qui, dans une accusation de vol qualifié, déclarent les deux accusés coupables d'une soustraction frauduleuse et répondent négativement à la question concernant la pluralité d'auteurs de la soustraction. (Cass., 18 octobre 1906).

e) Le président du Conseil de guerre ne peut pas poser subsidiairement une question reproduisant purement et simplement le fait objet de l'accusation. La réponse affirmative à cette question est en contradiction avec la réponse négative à la question posée conformément à l'ordre de mise en jugement. En cet état, il y a lieu à cassation avec renvoi, l'accusation n'étant pas purgée. (Cass., 20 février 1910).

f) Sont contradictoires et par suite entachées de nullité, les réponses par lesquelles le Conseil de guerre, d'une part déclare l'accusé coupable d'avoir abandonné le poste de police où il était de garde, et d'autre part déclare cet accusé non coupable d'avoir abandonné son poste dans les circonstances prévues par l'article 213 du C. J. M. (Cass., 19 novembre 1910).

g) Est contradictoire la déclaration du jury qui, statuant sur la responsabilité pénale de quatre accusés reconnus coupables du même vol qualifié, résout affirmativement à l'égard de trois et négativement à l'égard du quatrième les circonstances aggravantes. (Cass., 7 juin 1912).

30. — La décision d'un tribunal ne peut avoir de valeur morale et juridique qu'à la condition essentielle qu'il ne puisse y avoir aucune incertitude sur la pensée véritable des juges.

Si donc, lorsque le Conseil de guerre est saisi de plusieurs questions, les réponses qu'il leur donne sont inconciliables entre elles, si, pour employer l'expression technique, « elles sont entachées de contradiction », la décision manque de ce caractère de clarté et de certitude qui est de l'essence de tout jugement. On doit considérer,

dans ce cas, qu'il y a une irrégularité fondamentale qui vicie la décision au point de lui enlever toute valeur et de la soumettre nécessairement à l'annulation.

Malgré l'importance de cette question, le C. J. M. n'en dit rien. (V. rubrique *Complexité*). Force a donc été à la jurisprudence des conseils de révision et de la Cour de cassation de créer le droit sur ce point en matière militaire. Elle l'a fait en se référant purement et simplement aux principes admis en droit commun dont les décisions ci-dessus font des applications d'espèces variées.

XV. — *Débat oral*

a) Aux termes de l'art. 126 du C. J. M., si un témoin ne se présente pas, le Conseil de guerre peut passer outre aux débats, mais, dans ce cas, il importe, pour satisfaire aux dispositions du dit article, que le P. V. des débats mentionne qu'il a été donné lecture de la déposition écrite de ce témoin. (Alger, 21 juin 1883 ; 25 octobre 1883).

b) Des témoins non entendus à l'instruction peuvent être entendus aux débats pourvu qu'ils figurent sur la liste dénoncée. (Paris, 6 octobre 1884).

c) Le débat oral est une formalité substantielle. Nullité du jugement qui condamne sur le simple aveu de l'accusé. (Alger, 24 juin 1886).

d) La lecture d'un rapport d'un témoin régulièrement cité et non comparant, au lieu de sa déposition écrite, constitue une irrégularité, mais ne rentre pas dans les cas de nullité prévus au n° 4 de l'art. 74 du C. J. M., alors surtout que ce rapport était la reproduction exacte de la déposition et que l'accusé et son défenseur n'ont fait aucune opposition. (Alger, 26 août 1886).

e) Aux termes de l'art. 126 du C. J. M., quand un témoin régulièrement cité ne se présente pas et que le Conseil, jugeant que son audition orale n'est pas indispensable à la manifestade la vérité, ordonne qu'il sera passé outre aux débats, il doit être donné lecture de la déposition de ce témoin, quel que soit le motif pour lequel il ne comparaît pas. Mais pour que la déposition, dont il est ainsi fait état, puisse entrer en ligne de compte pour asseoir la condamnation sur une base légale, il est indispensable qu'elle ait été reçue sous la foi du serment régulier et qu'elle soit entourée des mêmes garanties qui eussent été exigées pour la validité du témoignage oral. Est donc nulle

et entraîne l'annulation du jugement de condamnation et des débats qui l'ont précédé, la lecture à l'audience de la déposition écrite d'un témoin absent qui a valu comme témoignage oral et qui n'avait pas été reçue sous la foi du serment prescrit par l'art. 75 du C. I. C. (Paris, 30 décembre 1886).

f) Devant la juridiction militaire, quand un témoin, régulièrement cité, et entendu à l'instruction dans les formes légales, fait défaut, le Conseil peut passer outre aux débats, mais dans ce cas l'art. 126 du C. J. M. exige qu'il soit donné lecture de la déposition écrite. Cette formalité substantielle étant prescrite par la loi, pour remplacer les déclarations orales qu'aurait faites le témoin, est nécessaire aussi bien à l'accusé pour établir sa défense qu'au ministère public pour soutenir l'accusation et son inaccomplissement doit faire annuler le jugement. (Paris, 28 avril 1887).

g) Le commissaire du gouvernement n'est pas tenu de faire citer les témoins à décharge désignés par l'accusé. Les articles 315 et 324 C. I. C. permettent aux accusés de faire citer à l'audience tous ceux dont la déposition leur paraît nécessaire. (Alger, 9 juin 1900).

h) Aux termes de l'art. 125 C. J. M., le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire pour la direction des débats et la découverte de la vérité. Il peut faire entendre toute personne dont l'audition lui paraît nécessaire ; les personnes ainsi appelées ne prêtent pas serment et leurs déclarations ne sont considérées que comme simple renseignement. (Paris, 11 mai 1905 — 8 juin 1905).

i) Il y a nullité des débats et du jugement de condamnation lorsqu'un témoin notifié à l'accusé, et à l'audition duquel ni lui ni le ministère public n'ont renoncé, a été entendu à titre de renseignement, alors qu'aucune constatation du jugement ne justifie de son incapacité d'être entendu sous la foi du serment. (Cass., 26 septembre 1907).

j) Des emprunts faits par le président, pour les besoins d'un interrogatoire de l'accusé à l'audience, à la déposition même d'un témoin notifié et ayant répondu à la citation, ne constituent pas une violation de la règle du débat oral ; il n'y a eu lecture ni totale ni partielle de la déposition. (Cass., 9 juillet 1908).

k) La lecture de la déposition écrite d'un témoin au cours de sa déposition orale ne peut être légitimée par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du président et entraîne la nullité des débats et du verdict. (Cass., 26 mai 1911).

l) Aucune disposition du C. J. M. n'oblige le commissaire du gouvernement à faire citer devant le Conseil de guerre tous les témoins entendus au cours de l'instruction. (Cass., 4 avril 1912).

m) L'audition sous la foi du serment d'un témoin incapable ne peut être une cause de nullité de la procédure lorsque ce témoin a été entendu sans opposition du ministère public ni de l'accusé. (Cass., 20 juin 1912).

n) Il n'est pas porté atteinte à la règle du débat oral lorsqu'un témoin, au cours de sa déposition, consulte une note écrite pour se remémorer les dates. (Cass., 29 août 1912).

31.— L'oralité des débats en matière criminelle (nous entendons cette expression dans son sens étroit, par opposition au mot « correctionnelle ») est un des principes fondamentaux de notre droit pénal. Il doit s'entendre en ce sens que les preuves sont soumises aux juges dans leur source originale et immédiate, c'est-à-dire la déposition verbale du témoin, et non au travers des procès-verbaux de l'instruction préparatoire.

C'est là un principe d'ordre public qui s'impose au respect de toutes les juridictions pénales et par suite des conseils de guerre, lorsqu'ils sont saisis d'une poursuite pour un fait qualifié crime.

La jurisprudence des conseils de révision a fait des applications variées de ce principe.

32. — La rigueur de la règle comporte cependant une atteinte résultant du texte de l'art. 126 C.J.M. Aux termes de cet article, si un témoin cité ne se présente pas, le conseil de guerre peut passer outre aux débats en faisant donner lecture de la déposition du témoin absent (1). Il convient de noter que c'est là une simple faculté pour le conseil de guerre : si les juges estiment que la présence réelle du témoin est indispensable à la manifestation de la vérité, ils peuvent remettre l'affaire pour permettre son audition.

La disposition de l'art. 126 constitue une exception au droit commun : elle doit donc être interprétée *stricto sensu*. L'atteinte qu'elle porte au principe de l'oralité des débats doit par suite être réduite au minimum. Aussi le conseil de révision de Paris a-t-il très justement décidé (30 déc. 1886, *e*) que la lecture de la déposition écrite du témoin

(1) Cette formalité n'est pas jugée substantielle par la Cour de cassation. (Voir arrêt du 4 avril 1912. Rubrique Témoins [3.])

ne peut satisfaire au vœu de l'art. 126 C. J. M. qu'à la condition qu'elle ait été revêtue de la formalité du serment.

33. — Une remarque s'impose en terminant: le principe de l'oralité des débats ne revêt une rigueur absolue qu'en cas de poursuite pour crime. En matière purement délictuelle, la preuve peut être faite, aux termes des art. 189 et 154 C. I. C. combinés, aussi bien par procès-verbaux ou rapports que par témoins. Cette règle est applicable aux conseils de guerre comme aux tribunaux de droit commun. Une circulaire du ministre de la Guerre en date du 14 octobre 1880 (B.O.E.M. 59[4], page 68) en a rappelé l'observation dans les poursuites pour désertion et insoumission.

XVI. — *Douanes*

a) L'Administration des douanes a le droit exceptionnel d'intervenir devant les conseils de guerre en Algérie. (Alger, 21 août 1884, et Paris, 13 avril 1905).

b) L'Administration des douanes a le droit d'intervenir devant les conseils de guerre en territoire militaire, et de se pourvoir en cassation contre le jugement d'acquittement au point de vue de ses intérêts civils. (Cass., 22 décembre 1911).

34. — Les décisions ci-dessus consacrent une exception très remarquable au principe général posé par l'art. 54 C.J.M., aux termes duquel les tribunaux militaires ne sont pas juges de l'action civile pouvant résulter des faits donnant lieu à la poursuite pénale portée devant eux.

Pour légitimer cette exception, les décisions citées se fondent sur un argument juridique qui paraît inattaquable. Le décret du 11 août 1853, dans ses art. 11 et 12, a donné compétence aux conseils de guerre pour connaître des délits et contraventions douanières commis en territoire militaire, et pour appliquer dans ce cas les peines et *réparations civiles* édictées par les lois du 28 avril 1816 et 21 avril 1818. Le droit spécial de juridiction, en ce qui concerne les réparations civiles, entraîne logiquement et nécessairement la recevabilité de l'intervention de la partie qui a qualité pour en poursuivre le recouvrement, c'est-à-dire de l'Administration des douanes.

XVII. — *Droits de la défense*

a) Quand l'accusé est expulsé, son défenseur doit être entendu à peine de nullité. (Paris, 10 juin 1886).

b) Si l'accusé doit avoir la parole le dernier, il est libre de ne pas réclamer l'exercice de ce droit. La violation du droit de la défense et de l'art. 335 du C. I. C. consiste à refuser la parole à l'accusé qui la demande pour répondre à l accusation. (Cass., 12 mars et 2 juillet 1908, et 7 mars 1912).

c) Si l'accusé doit avoir la parole le dernier, même sur les incidents du débat soulevés par lui, la violation de ce droit consiste seulement à lui refuser d'être entendu quand il le demande, la loi n'obligeant pas le président à lui adresser une interpellation à cet égard. (Cass., 17 avril 1913).

35. — La décision du Conseil de révision de Paris ci-dessus (*a*) a déjà été étudiée sous la rubrique : « Accusé expulsé. »

36. — Les divers arrêts de la Cour de cassation qui suivent interprètent l'art. 335 C. I. C. qui dispose que l'accusé doit toujours avoir la parole le dernier. Cet article consacre un droit pour l'accusé : il a donc la faculté d'en user ou de n'en pas user, à sa convenance, et c'est à lui, s'il entend en user, de manifester son intention à cet égard. Son silence doit être interprété en ce sens qu'il renonce à la faculté que la loi lui donne, et il ne saurait se plaindre, si, lui-même ne réclamant pas la parole, le président ne la lui offre pas. Son droit ne sera dès lors violé, et la nullité encourue, que si, ayant demandé la parole, il se l'est vu refuser. L'interprétation de la Cour de cassation se justifie donc pleinement.

XVIII. — *Enonciations du texte de la loi appliquée*

a) Le texte de la loi appliquée doit être inséré dans le jugement à peine de nullité. (Paris, 27 déc. 1881 et 9 déc. 1886).

b) Aux termes de l'article 140 du C. J. M., le jugement doit énoncer à peine de nullité le texte de la loi appliquée. Lorsque la peine de la réclusion est prononcée par le conseil de guerre,

l'art. 21 du C.P. qui détermine les conditions et les limites dans lesquelles cette peine est appliquée doit être visé et transcrit dans le jugement de condamnation, à peine de nullité. (Paris, 9 déc. 1881 ; Alger, 5 avril 1882, 2 août 1883 et 5 juin 1884).

c) Aux termes des art. 411 et 414 C. I. C., nul ne pourra demander l'annulation de l'arrêt sous le prétexte qu'il y aurait erreur dans la citation du texte de loi. Il en est de même de la citation d'un article de loi abrogé, quand la peine est justifiée par une disposition de la loi nouvelle. (Paris, 18 mars 1895).

d) L'énonciation dans un jugement du texte de l'article 251 C.J.M. au lieu du texte de l'art. 434 § 1er du C. P. et de l'article 188 C. J. M. (qui auraient dû être appliqués dans l'espèce) n'est pas une cause de nullité, l'annulation ne pouvant être prononcée pour erreur dans la citation du texte de loi. (Cass., 13 janvier 1910).

e) L'art. 140 C.J.M. qui veut que le jugement énonce à peine de nullité le texte de la loi appliquée exige seulement l'insertion au jugement du texte pénal dont il a été fait application. En conséquence, lorsqu'un accusé a été condamné pour tentative d'assassinat, il suffit que le jugement énonce le texte de l'article 302 du C.P. appliqué, sans qu'il soit nécessaire qu'il énonce l'art. 2 du même code. (Cass., 6 mai 1910).

f) Le jugement de condamnation prononcé par un conseil de guerre doit énoncer à peine de nullité les termes de la loi appliquée. L'omission de cette formalité prescrite par l'art. 140 C. J. M. n'est pas couverte par l'acquiescement du commissaire du gouvernement et du défenseur du prévenu. (Cass., 8 juillet 1911 et 3 avril 1913).

g) L'art. 140 C.J.M. suivant lequel le jugement doit énoncer, à peine de nullité, le texte de la loi appliquée, vise uniquement les dispositions légales qui édictent la peine, mais n'exige pas l'énonciation d'autres textes et notamment de l'art. 139 relatif aux dépens. (Cass., 27 juillet 1911).

h) L'art. 140 C. J. M., suivant lequel le jugement doit énoncer à peine de nullité le texte de la loi appliquée, vise uniquement le texte des dispositions légales qui édictent la peine, mais n'exige pas notamment l'énonciation de l'art. 463 C. P. (Cass., 4 janvier 1908).

37. — L'interprétation de l'art. 140 § 7 soulève une question fort délicate à résoudre. Que faut-il entendre par : « le texte de la loi appliquée ? ».

Suivant les espèces, les jugements des conseils de guerre sont appelés à fonder leurs décisions sur de très

nombreux textes de loi qui tiennent, en premier lieu, à l'incrimination proprement dite et aux sanctions qu'elle comporte, mais aussi, pour ne citer que les cas les plus fréquents, à la compétence, à l'application des circonstances atténuantes, de la loi de sursis, à la condamnation aux dépens, etc., etc. Faut-il décider que la prescription de l'art. 140 § 7 vise tous les textes, sans restriction, qui, à un titre quelconque, servent de base légale aux jugements ?

A s'en tenir à la généralité des termes employés par cet article, il semble bien que la question devrait être résolue par l'affirmative. Les travaux préparatoires du C. J. M. n'apportent d'ailleurs aucune lumière sur ce point.

Les conseils de révision avaient, en fait, toujours prononcé la nullité pour défaut de transcription du texte déterminant la peine ; mais leur décision ne permettait pas de dégager un principe absolu en notre matière.

La Cour de cassation, dans la pensée sans doute de concilier la prescription de l'art. 140 § 7, avec les nécescités pratiques de l'administration de la justice en limitant le plus possible les cas d'annulation, a restreint au strict minimum les exigences de ce texte : elle a décidé, en termes exprès, qu'il s'appliquait seulement aux dispositions légales qui édictent la peine sans donner d'ailleurs aucune raison à l'appui de cette interprétation.

Ces décisions affirment la tendance de la Cour de Cassation, que nous constaterons sur divers autres points, à simplifier, au besoin à l'aide d'une jurisprudence prétorienne, la procédure militaire.

XIX. — *Enonciation du vote sur la culpabilité et les circonstances aggravantes*

a) Les questions posées ne peuvent être résolues contre l'accusé qu'à la majorité de 5 voix contre 2. Par conséquent est nulle la réponse ainsi conçue : « A la majorité, l'accusé est coupable ». (Paris, 24 janvier 1884).

b) Les questions relatives aux circonstances aggravantes ne peuvent être résolues contre l'accusé qu'à la majorité de 5 voix contre 2. (Cass., 31 octobre 1907).

c) Il y a violation de l'art. 133 C. J. M. dans le fait de rédiger ainsi qu'il suit la réponse à une question posée au Conseil de guerre : « A la majorité de 4 voix contre 3, oui ». (Cass., 20 avril 1912 ; 18 juillet 1912).

d) Il y a violation de l'art. 133 du C. J. M. dans le fait de rédiger ainsi qu'il suit la réponse à une question posée : « A la majorité de 4 voix contre 3, l'accusé est coupable ». (Cass. 25 avril 1912).

e) Il y a violation de l'art. 133 du C. J. M. dans le fait de rédiger ainsi qu'il suit la réponse à une question posée : « A la majorité, oui ». (Cass., 25 avril 1912).

f) Viole les art. 133 et 140 du C. J. M. le jugement qui fait état d'une réponse affirmant la culpabilité de l'accusé sans indiquer le nombre de voix qui ont déclaré cet accusé coupable. En ce cas, il y a lieu d'annuler les débats, le verdict et le jugement de condamnation. (Cass., 20 juin 1912).

g) Est nulle la déclaration du Conseil de guerre qui répond affirmativement sur la question de culpabilité, sans indiquer que cette décision a été prise à la majorité exigée par la loi. (Cass., 20 juin 1912).

38. — L'art. 135 du C. J. M. dispose que les questions indiquées par l'article précédent (c'est-à-dire questions sur la culpabilité, sur les circonstances aggravantes et sur les circonstances d'excuses et de discernement) ne peuvent être résolues contre l'accusé qu'à la majorité de 5 voix contre 2.

Ce texte consacre une disposition ancienne déjà dans le droit pénal militaire français, connue sous l'expression traditionnelle « minorité de faveur ». Il revient en effet à permettre l'acquittement de l'accusé lorsqu'il est voté par 3 voix seulement. C'est là une des rares hypothèes où, fait remarquable, le droit pénal militaire, d'ordinaire empreint d'une plus grande sévérité, consacre une règle plus libérale et plus favorable à l'accusé que celle du droit pénal ordinaire. Devant la Cour d'assises, en effet, la culpabilité est acquise à la majorité simple des voix, c'est-à-dire sur le vote conforme de 7 jurés sur 12. Le cas le plus favorable à l'accusé où l'acquittement

pourra intervenir légalement sera donc le partage des voix.

Cette libéralité exceptionnelle du droit pénal militaire existait déjà dans l'ancienne législation (art. 66 de la loi du 22 septembre 1790, art. 71 et 33 de la loi du 13 brumaire an V). Le législateur de 1857 l'a faite à son tour sienne. Les travaux préparatoires du C. J. M. révèlent que sa décision a été dictée tout à la fois par la pensée d'apporter un correctif raisonnable à la sévérité des peines qui frappent le militaire et par la constatation, fruit d'une longue expérience, que cette faveur spéciale n'avait jamais présenté, en fait, aucun inconvénient ni aucun danger.

39.— Dans leurs applications du principe de l'art. 133 du C. J. M., le Conseil de révision de Paris et la Cour de cassation se sont rencontrés pour décider qu'une réponse sur la culpabilité ainsi conçue : « A la majorité l'accusé est coupable » était irrégulière (décisions *a* et *e*). Le point pouvait donner lieu à controverse. Il était possible d'admettre que les juges, en parlant de majorité, avaient entendu se référer, sans le dire expressément, à la majorité de l'art. 133 du C. J. M. Mais la forme donnée à la pensée des juges manquait évidemment de précision et laissait place au doute ; en l'état, la jurisprudence l'a tranché en faveur de l'accusé.

40.— Par contre, les réponses faites dans les espèces qui ont donné lieu aux décisions *c* et *d* de la Cour de Cassation (« à la majorité de 4 voix contre 3, l'accusé est coupable ») violaient manifestement l'art. 133 et encouraient très légitimement l'annulation.

41.— Même observation *à fortiori* pour l'espèce *f*.

XX. — *Enonciation du vote pour l'application de la peine*

a) La surveillance de la haute police, étant classée au nombre des peines, est soumise aux règles tracées par l'art. 134 du C. J. M. qui exige pour son application la majorité spéciale

de 5 voix, et le jugement qui la prononce, comme accessoire d'une peine principale, doit énoncer à peine de nullité, d'une manière distincte et séparée, à quel nombre de voix elle a été votée. (Paris, 13 août 1880 ; 10 juin 1886).

b) Si aucune peine ne réunit la majorité de 5 voix contre 2, l'avis le plus favorable sur l'application de la peine est adopté, n'y eût-il qu'une voix pour cet avis. (Paris, 22 juin 1882).

c) Quand le partage des voix est indiqué dans le dispositif du jugement de telle façon qu'il ne permet pas de déterminer la peine à appliquer, la déclaration des juges sur l'application de la peine est entachée de nullité radicale et la mention qui la constate équivaut à n'avoir pas été insérée au P. V. des débats. (Paris, 23 juin 1887).

d) Un conseil de guerre maritime permanent qui prononce une peine à la majorité de 4 voix seulement doit, à peine de nullité, s'expliquer sur le point de savoir si les autres voix se sont prononcées pour une peine plus forte. La cassation, étant prononcée en ce cas pour inobservation des formes, doit être totale. (Cass., 2 mai 1907).

e) Lorsqu'une peine ne réunit pas la majorité de 5 voix, il doit résulter de l'énonciation prescrite par l'art. 140 du C. J. M. que l'avis le plus favorable a été adopté. L'irrégularité de cette énonciation, lorsqu'elle laisse incertain le point de savoir si la peine a été régulièrement appliquée, constitue un vice de forme qui entraîne l'annulation du jugement en son entier. (Cassat., 8 août 1907, 23 janvier 1913).

f). La peine est légalement prononcée par le conseil de guerre à la majorité de 5 voix contre 2. (Cass., 25 juin 1908).

g) Doit être cassé le jugement du conseil de guerre qui condamne un prévenu à un an de prison « par une voix contre 6 ayant prononcé une peine différente et plus forte ». L'irrégularité ainsi commise constitue un vice de forme qui entraîne la cassation totale du jugement. (Cass., 30 juin 1910).

h) La peine ne peut être prononcée qu'à la majorité de 5 voix contre 2. (Cass., 25 avril 1912).

42. — L'article 134 C. J. M. consacre, pour le vote sur l'application de la peine, comme l'a fait l'art. 133 pour la culpabilité, le principe de la minorité de faveur, emprunté à la loi du 13 brumaire an V : la peine est prononcée à la majorité de 5 voix contre 2; si aucune peine ne réunit cette majorité, l'avis le plus favorable est adopté.

Le texte de l'art. 134 est muet sur la sanction de la règle qu'il édicte. Il ne saurait faire doute cependant que

l'infraction à cette règle doit entraîner l'annulation de la décision. D'une part, en effet, cette prescription rentre évidemment, par son objet même et par les motifs qui l'ont dictée au législateur, dans la catégorie des formes substantielles. D'autre part, un argument de texte peut être sérieusement invoqué, semble-t-il, en faveur de la sanction de nullité. L'article 140 C. J. M. indique, au nombre des énonciations que doit contenir le jugement à peine de nullité, les décisions et le nombre des voix. Cette exigence ne peut évidemment s'expliquer que par la pensée de permettre aux juges de révision l'exercice de leur droit de contrôle sur la régularité du vote. Or, le droit de contrôle serait illusoire s'il n'avait pas comme corollaire nécessaire le droit d'annulation.

La jurisprudence unanime des conseils de révision et de la Cour de cassation a d'ailleurs été fixée dans le sens de la sanction de l'annulation.

43. — Mais alors une seconde question pourrait se poser : lorsque le juge de révision annule pour irrégularité dans le vote sur l'application de la peine, doit-il y avoir cassation intégrale du jugement ou seulement annulation partielle au regard de la peine, les réponses sur la culpabilité demeurant maintenues? Le point pourrait faire doute en l'état du § 2 de l'art. 170 C. J. M. On pourrait être tenté de dire qu'il s'agit bien, en l'espèce, d'une fausse application de la peine, dans les termes de ce 2e §, puisque le vice relevé est intervenu à l'occasion du vote sur l'application de la peine.

La cour de cassation a très justement repoussé, à notre sens, cette théorie : elle a vu dans l'irrégularité du vote sur la peine, non une fausse application de la peine, mais un vice de forme entraînant l'annulation du jugement en son entier (*d*, *e* et *g*).

44. — Le conseil de révision de Paris a fait (*a*) une application remarquable de ces principes à propos du vote sur la surveillance de la haute police (remplacée depuis 1885 par l'interdiction de séjour). On sait que c'est là une peine accessoire qui vient s'ajouter de plein droit, par le

vœu de la loi, à certaines peines déterminées. On aurait pu considérer que, s'agissant là d'un accessoire obligé de la peine prononcée, un vote spécial sur son application était inutile. Le conseil de révision de Paris n'a pas accueilli cette doctrine et a décidé que, malgré son caractère particulier, la surveillance de la haute police était classée par le Code pénal au nombre des peines et que dès lors elle devait faire l'objet d'un vote spécial satisfaisant aux conditions de majorité exigées par l'art. 134 C. J. M.

On verrait à tort, dans cette décision, un exemple du formalisme peut-être un peu étroit qui a inspiré dans diverses circonstances la jurisprudence des conseils de révision. En l'espèce, la doctrine du Conseil de révision de Paris se justifie. Sans doute, la surveillance de la haute police est dans son principe l'accessoire obligé de la peine principale. Mais dans son application, elle comporte un quantum de durée variable qu'il appartient au juge du fait de fixer ; elle donne donc lieu nécessairement, pour la fixation de ce quantum, à un vote qu'il est légitime de soumettre aux conditions de forme de l'art. 134 C. J. M.

XXI. — *Expert*

a) L'ordonnance par laquelle le rapporteur désigne un expert ne peut légalement rentrer dans la catégorie des ordonnances juridictionnelles, et l'omission d'en donner communication à la défense ne constitue point une nullité rentrant dans les prévisions annulatrices de l'art. 12 de la loi du 8 décembre 1897. (Paris, 16 juillet 1900).

b) La disposition de l'art. 10 § 2 de la loi du 8 décembre 1897 portant qu'il sera donné immédiatement connaissance au conseil du prévenu de toute ordonnance du juge, ne s'étend pas à tous les actes de l'information. Elle est limitée aux seules ordonnances du juge d'instruction qui constituent des actes de juridiction et les ordonnances qui désignent un expert n'ont pas un caractère juridictionnel. (Paris, 21 septembre 1905).

c) Le juge d'instruction n'est pas tenu par la loi du 8 décembre 1897 d'aviser le Conseil de l'inculpé de l'ordonnance par laquelle il commet un expert. (Cass., 29 novembre et 24 décembre 1907).

45. — Les décisions ci-dessus seront étudiées plus loin sous la rubrique : *Ordonnance du Rapporteur.*

XXII. — *Instruction*

a) Les dispositions de la loi du 8 décembre 1897 ne sont point applicables aux actes et opérations des officiers de police judiciaire : leur accomplissement n'est prescrit que devant le juge d'instruction ou le rapporteur devant le Conseil de guerre. (Paris, 16 juillet 1900, 30 juillet 1900).

b) L'article 9 § 2 de la loi du 8 décembre 1897 permet l'interrogatoire ou la confrontation de l'inculpé dès que le défenseur a été dûment appelé. Cet article n'exige pas la présence effective de ce défenseur. (Paris, 10 août 1905).

c) Est nul l'interrogatoire de l'inculpé fait sans la présence de son conseil ou lui dûment appelé, alors même qu'il serait constaté au P. V. de cet interrogatoire que le conseil a été dûment appelé par lettre recommandée, si le contraire est établi par la teneur de la lettre ainsi visée. (Cassation, 14 mars 1908).

d) L'instruction devant le Conseil de guerre ne commence qu'à partir du moment où l'ordre d'informer a été donné (article 99 C. J. M.). C'est seulement pendant cette instruction, qu'en vertu de la loi du 15 juin 1899, la loi de 97 doit être observée. (Cass., 12 novembre 1908).

46. — Le Conseil de révision de Paris (*a*) et la Cour de Cassation (*d*) se sont rencontrés pour limiter l'application de la loi du 8 décembre 1897 aux actes de l'information régulière poursuivie par le juge d'instruction (ou devant les conseils de guerre, par le rapporteur).

Cette interprétation est conforme à l'esprit et au texte de la loi. L'un et l'autre montrent, en effet, qu'elle n'a entendu disposer que pour les actes du juge d'instruction, et qu'elle n'a envisagé, dans ses prévisions, ni les opérations d'enquête officieuse auxquelles procèdent les officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur de la République, préalablement à l'instruction proprement dite, ni par voie d'analogie, l'instruction préparatoire au corps qui précède l'ordre d'informer.

47. — A un autre point de vue encore, les effets de la loi du 8 décembre 1897 méritent d'être maintenus dans leur juste limite. Cette loi s'est proposé de donner une garantie particulière à l'inculpé en faisant participer son avocat-conseil aux actes de l'information. Mais elle n'a

évidemment pas voulu que la règle nouvelle, par elle édictée, puisse jamais dépasser son but et qu'elle ait comme conséquence d'entraver le cours de la justice. Aussi a-t-elle pris soin d'indiquer que les divers actes d'instruction qu'elle vise doivent être accomplis en présence du défenseur ou lui *dûment appelé*. Lors donc, que le défenseur a été régulièrement convoqué, son absence au jour et à l'heure fixés ne saurait empêcher le juge d'instruction (ou le rapporteur) de procéder.

En mettant en lumière ce principe dans sa décision du 10 août 1905 (*b*), le Conseil de révision de Paris a très sainement interprété la pensée de la législation nouvelle.

48. — Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a rendu le 14 mars 1908 (*c*) un arrêt intéressant à souligner. Comme le Conseil de révision, elle admet en principe que la convocation régulière du défenseur est suffisante et que le juge d'instruction peut passer outre, dans ce cas, à l'absence de ce dernier. Mais il faut pour cela qu'il n'y ait aucun doute sur la régularité de l'avis à lui donné. Dans l'espèce qui était soumise à la Cour suprême, le procès-verbal d'interrogatoire portait bien la mention de style que le défenseur avait été dûment appelé par lettre recommandée. Mais il résultait du texte de cette lettre, produite devant la Cour, qu'elle portait par erreur convocation pour un jour autre que celui où l'interrogatoire avait été réellement reçu. La Cour de Cassation a estimé que, dans ces circonstances, l'irrégularité de la convocation était certaine, et qu'il y avait lieu de tenir pour inexistante la mention du procès-verbal d'interrogatoire et d'annuler la procédure.

XXIII. — *Interdiction aux juges de communiquer avec personne et de se séparer avant le prononcé du jugement.*

a) Il y a nullité du jugement, lorsqu'il est établi que le Commissaire du Gouvernement a communiqué secrètement par écrit avec les membres du Conseil, alors surtout qu'en donnant

acte de ce fait au défenseur, le Président n'a formulé aucune observation ni aucune réserve à ce sujet. (Paris, 16 février 1878).

b) En décidant que les juges ne peuvent, après la clôture des débats se séparer avant que le jugement ait été rendu, la loi a voulu que la délibération et le jugement eussent lieu sans désemparer. Elle n'interdit pas aux juges de sortir séparément de la Chambre du Conseil entre le moment où la délibération est terminée et la reprise de l'audience. L'interdiction de communiquer ne s'applique au greffier que pendant le délibéré. Après le délibéré, le greffier peut être admis dans la Chambre du Conseil pour l'écriture du jugement. (Cass., 17 septembre 1908).

c) Viole l'article 131 C. J. M., le fait, constaté par un jugement de donné acte, que l'un des membres du conseil de guerre est sorti de la Chambre du Conseil et a communiqué avec le commissaire du gouvernement, avant la sonnerie annonçant la fin de la délibération, alors d'ailleurs, qu'en l'absence de toute énonciation du jugement à cet égard, il n'est pas établi que la dite communication n'ait pas été relative à l'affaire engagée devant le Conseil de guerre. (Cass., 31 juillet 1908).

d) Il y a violation de l'article 131 C. J. M., lorsque le Conseil, au cours de sa délibération, fait appeler le commissaire du gouvernement et le défenseur de l'accusé et communique avec eux. La nullité est encourue alors qu'en l'absence de toute énonciation du jugement à cet égard, il n'est pas établi que cette communication n'a pas été relative à l'affaire engagée devant le Conseil de guerre. (Cass., 30 janvier 1913).

49. — Les règles posées par l'article 131 C. J. M., au nombre desquelles se trouve l'interdiction pour les juges de communiquer avec personne avant le prononcé du jugement, ont été empruntées par le législateur de 1857 au C. I. C. (art. 341) et à la loi du 13 brumaire an V. L'interdiction de communiquer se justifie par la nécessité d'assurer à la décision des juges une indépendance complète en les soustrayant, une fois les débats terminés, à toute influence extérieure.

50. — Le but de cette disposition permet d'en interpréter sainement la portée et d'éviter de lui donner une extension abusive. Aussi, dans les espèces qui ont donné lieu aux décisions ci-dessus, le Conseil de révision de Paris et la Cour de Cassation admettent implicitement

que la communication d'un juge avec l'extérieur pendant le délibéré n'entraînera pas l'annulation, si le procès-verbal des débats, faisant mention de l'incident, constate que la communication n'était pas relative à l'affaire engagée devant le Conseil de guerre (1).

XXIV. — *Interprète*

a) Quand un militaire a été choisi pour servir d'interprète à l'audience du Conseil de guerre, il y a nullité si le P. V. des débats ne constate pas qu'il a prêté serment (art. 332 C. I. C.) (Alger, 17 juillet 1884).

b) En n'exigeant pas des interprètes militaires de la réserve, pour la langue arabe, la prestation d'un nouveau serment, alors qu'il soumet à cette formalité les interprètes stagiaires de réserve pour les langues autres que l'arabe, le décret du 13 juin 1901 a nécessairement admis que les premiers interprètes étaient dispensés de renouveler le serment professionnel par eux prêté au début de leur carrière dans l'armée active. Le caractère permanent de ce dernier serment dispense ceux qui l'ont prêté de la formalité du serment prescrit par l'art. 332 du C. I. C. lorsque leur concours est exigé en justice. (Cass., 3 mars 1911).

51. — Pour bien comprendre la portée de l'arrêt du 3 mars 1911 (*b*) il faut savoir, comme l'indiquent les motifs développés dans l'arrêt de la cour de cassation, qu'aux termes de l'art. 3 du décret du 21 mai 1910, les interprètes militaires de la réserve pour la langue arabe se recrutent exclusivement parmi les anciens interprètes de l'armée active et que les dits interprètes de l'armée active prêtent, au début de leur carrière, avant d'entrer en fonctions comme interprètes auxiliaires, le serment professionnel prescrit par l'article 9 du décret du 13 juin 1901. Le caractère permanent du dit serment dispense ceux qui l'ont prêté de la formalité du serment prescrit par l'article 332 du C.I.C. lorsque leur concours est exigé en justice.

(1) Il convient de remarquer que les dispositions de la loi du 10 décembre 1908 n'ont pas été étendues à la justice militaire et qu'on ne saurait induire, par analogie, de ce texte, la faculté pour le Conseil de conférer pendant sa délibération avec le Commissaire du Gouvernement, en présence du défenseur.

52. — L'hypothèse pour laquelle est intervenu cet arrêt de cassation constitue donc une exception à la règle générale posée par l'art. 332 C.I.C.: le militaire qui est chargé des fonctions d'interprète, pour les besoins d'une affaire déterminée, doit prêter à peine de nullité le serment prévu par ce texte. La décision du Conseil de révision d'Alger du 17 juillet 1884 (*a*) rappelle et sanctionne ce principe général.

XXV. — *Jugements incidents non motivés ou insuffisamment motivés*

a) Est nul le jugement incident qui déclare n'y avoir lieu de faire droit aux conclusions du défenseur sans donner les motifs de sa décision. (Paris, 13 mai et 9 décembre 1881; 12 octobre et 17 novembre 1882; 13 et 30 décembre 1883, et 1er octobre 1884).

b) Est nul le jugement sur incident qui n'énonce pas le nombre de voix qui ont rendu la décision. (Paris, 8 juillet 1881).

c) Est nul le jugement rendu sur des conclusions du défenseur qui ne répond pas expressément à une demande formulée par la défense. (Paris, 11 décembre 1884).

d) Aux termes de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, les arrêts ou jugements qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nuls. (Paris, 24 septembre 1885 et 8 octobre 1885).

e) Au cas où un jugement incident est cassé, l'indivisibilité qu'il y a entre ce jugement et le jugement sur le fond entraîne la nullité du tout. (Paris, 8 octobre 1885).

f) Doit être cassé le jugement qui rejette les conclusions d'un accusé tendant à l'examen de son état sans contester l'exactitude de ses allégations en ce qui concerne cet état. (Cass., 10 janvier 1907).

g) Le Conseil de guerre doit mentionner à peine de nullité que les jugements sur les incidents ont été rendus à la majorité des voix. (Cass., 23 mai 1908).

h) Il ne peut, sur les conclusions de la défense, être donné acte d'une circonstance alléguée, que par jugement. (Cass., 4 août 1910).

53. — L'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 pose le principe général de la nullité des jugements ou arrêts qui ne sont pas motivés. Cette règle est absolue : c'est au premier chef une règle d'ordre public, elle s'impose donc à l'obser-

vation de toutes les juridictions. Un jugement, quels qu'en soient la nature et l'objet qui n'est pas motivé, encourt l'annulation.

Il en sera spécialement ainsi du jugement sur incident contentieux : Conseil de révision et Cour de cassation sont d'accord sur ce point (*b*, *e* et *h*).

54. — Ce jugement doit en outre satisfaire à une exigence particulière, propre au Code de justice militaire. L'art. 124 dispose que les jugements sur incident sont rendus à la majorité des voix, et l'article 140 que tout jugement doit énoncer le nombre de voix qui ont rendu la décision. Il résulte de la combinaison de ces deux textes que le jugement incident qui ne mentionne pas qu'il a été rendu à la majorité prescrite encourt l'annulation : de là les décisions conformes des conseils de révision et de la Cour de cassation rapportés sous *b* et *g*.

55. — L'arrêt de la Cour de cassation cité sous *h* mérite une mention spéciale en ce qu'il tranche souverainement une question qui pourrait faire doute. Lorsque le défenseur dépose des conclusions en donné-acte, à qui appartient-il, du président ou du Conseil de guerre, de répondre à ces conclusions ? La Cour de cassation décide que c'est par un jugement du Conseil de guerre seul que l'acte doit être donné.

XXVI. — *Lecture au prévenu des procès-verbaux de l'information.* (*Art. 101 du Code de Justice Militaire*)

a) Il y a nullité si on n'a pas donné lecture du procès-verbal de l'information à l'accusé et on doit entendre par procès-verbal de l'information toutes les pièces du dossier, tant à charge qu'à décharge. (Paris, 15 janvier 1885 et 27 mai 1886).

b) Contra : n'est pas substantielle aux droits de la défense la lecture au prévenu du procès-verbal de l'information prescrite par l'art. 101 *in fine* du C.J.M. (Cass., 27 juillet et 28 septembre 1911).

56. — Les deux décisions ci-dessus sont nettement contradictoires.

L'unique motif invoqué de part et d'autre se borne à l'affirmation du Conseil de révision que la formalité de l'art. 101 *in fine* rentre dans la catégorie des formalités substantielles, et à l'affirmation en sens inverse de la Cour de cassation qu'elle ne saurait revêtir ce caractère. Les deux juridictions demeurent d'ailleurs muettes sur leurs raisons de décider ainsi.

Nous verrons cette contradiction s'affirmer à l'occasion d'un certain nombre d'autres cas soulevant la même question, et nous aurons à nous demander s'il est possible, en l'état de cette diversité de jurisprudence, de dégager les principes directeurs qui doivent servir de guide dans la recherche du criterium de la « formalité substantielle. »

XXVII. — *Opposition aux jugements par défaut (Art. 179 du Code de Justice Militaire)*

a) Une lettre ministérielle du 20 mars 1874 porte que : « La « loi du 27 juin 1866, qui a modifié l'art. 187 du C. I. C., doit, « contrairement à l'art. 179 du C. J. M., s'appliquer aux con- « damnés correctionnels devant les conseils de guerre, attendu « que ce code n'a pas de procédure qui lui soit propre et qu'il « ne peut se compléter que par le C.I.C., tant pour les formes « de la citation à comparaître devant le Conseil de guerre que « pour les formes de l'opposition et de la signification du juge- « ment. »

b) Le Comité du Contentieux et de la Justice Militaire, consulté sur la question de savoir si on doit appliquer aux condamnés par défaut, par un conseil de guerre, les dispositions de l'art. 187 du C. I. C., modifié par la loi du 27 juin 1866 ou simplement celles de l'art. 179 du C. J. M., aux termes duquel le jugement signifié à l'accusé ou à son domicile suffit pour faire courir le délai de cinq jours à l'expiration duquel le jugement est réputé contradictoire, a, dans sa séance du 16 février 1910, émis l'avis que la disposition modificative de l'art. 187 du C.I.C. n'a été déclarée applicable, ni par la loi de 1866 elle-même, ni par aucun autre texte législatif, aux jugements par défaut rendus par les conseils de guerre en matière correctionnelle et que par suite, la disposition de l'art. 179 C.J.M. fixant à cinq jours, à dater de la signification du jugement à personne ou à domicile, le délai de l'opposition, doit continuer à recevoir son application. Le Ministre a décidé, le 11 août 1910 (B. O. 56 *bis*, sup-

plément, page 36), que les parquets militaires devront à l'avenir se conformer à cet avis auquel il s'est rallié et qui est également partagé par le garde des sceaux.

c) La loi du 9 juin 1857 a organisé, dans son article 179, en ce qui touche la publicité à donner aux jugements rendus par défaut en matière de délits, par les conseils de guerre, une procédure spéciale entièrement distincte de celle qu'avait instituée le C. I. C. de 1808. Le C. J. M. offrant dans cette partie de la procédure d'opposition des règles qui lui sont propres et qui se suffisent à elles-mêmes, les juges n'ont lieu, quant à ce, de recourir aux dispositions générales de droit commun, notamment à celle qui a été ajoutée à l'art. 187 du C. I. C. par la loi du 17 juin 1866. (Cass., 29 avril 1911).

57. — L'arrêt de la Cour de cassation ci-dessus met fin aux divergences d'interprétation qui s'étaient produites au sujet de l'application respective des art. 179 du C. J. M. et 187 du C. I. C., modifié par la loi du 27 juin 1866 en ce qui concerne le délai d'opposition des jugements par défaut rendus en matière correctionnelle par les conseils de guerre. Il est donc souverainement acquis aujourd'hui que ce sont les règles de l'art. 179 du C. J. M. qui doivent être exclusivement suivies.

XXVIII. — *Ordonnances du rapporteur*

a) L'ordonnance par laquelle le rapporteur désigne un expert ne peut légalement rentrer dans la catégorie des ordonnances juridictionnelles, et l'omission d'en donner communication à la défense ne constitue point une nullité rentrant dans les prévisions annulatrices de l'article 12 de la loi du 8 décembre 1897. (Paris, 16 juillet 1900).

b) La disposition de l'art. 10 § 2 de la loi du 8 décembre 1897, portant qu'il sera donné immédiatement connaissance au conseil du prévenu de toute ordonnance du juge, ne s'étend pas à tous les actes de l'information. Elle est limitée aux seules ordonnances du juge d'instruction qui constituent des actes de juridiction et les ordonnances qui désignent un expert n'ont pas un caractère juridictionnel. (Paris, 21 septembre 1905).

c) Le juge d'instruction n'est pas tenu par la loi du 8 décembre 1897 d'aviser le conseil de l'inculpé de l'ordonnance par laquelle il commet un expert. (Cass., 29 novembre et 24 décembre 1907).

d) En prescrivant que toute ordonnance rendue par le juge d'instruction sera portée à la connaissance du défenseur, l'article 10 de la loi du 8 décembre 1897 ne vise pas l'ordonnance de dessaisissement, qui n'est pas un acte juridictionnel. (Cass., 11 sept. 1913).

e) Il n'est pas nécessaire que l'ordre de mise en jugement soit notifié au défenseur. (Cass., 25 juin 1909 ; 5 mars 1910).

58. — La loi du 8 décembre 1897, dont les dispositions ont été déclarées applicables à la justice militaire par la loi du 15 juin 1899, prescrit, dans son article 10, qu'il doit être immédiatement donné connaissance au conseil de l'inculpé de *toute* ordonnance du juge.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que ce texte ne doit pas être pris à la lettre et que, malgré sa généralité, il comporte des restrictions commandées par la nature des choses et par l'intérêt de la bonne marche de l'information judiciaire. Il est admis unanimement que, seules, les ordonnances ayant un caractère juridictionnel seront soumises à la formalité de l'art. 10. (Circulaire de M. le Garde des sceaux du 10 décembre 1897 pour l'application de la loi du 8 décembre 1897, § 3, 11, B. — Garraud, *Précis de droit criminel*, n° 481, page 635).

La même règle doit évidemment être suivie pour les actes d'information de la justice militaire.

59. — Mais alors, la question se déplace : quel sera le critérium du caractère juridictionnel de l'ordonnance du juge d'instruction ou du rapporteur ?

L'analyse étymologique du mot (*juris-dictio*) nous donne une première précision à cet égard : dire le droit, c'est trancher un débat, donner une solution sur une question ayant donné lieu ou susceptible de donner lieu à une discussion. Vue sous cet angle, la question du caractère juridictionnel doit être résolue en ce sens que, seuls les actes d'instruction tranchant un point litigieux doivent être considérés comme ayant ce caractère.

Si, d'autre part, on considère le but de la loi de 1897, on est amené à la même interprétation. En exigeant que le conseil de l'inculpé fût tenu au courant de certains actes de l'instruction, le législateur a voulu par là lui

permettre de prendre, à l'occasion de ces mêmes actes, les mesures que lui paraissent commander les intérêts de son client. Or, l'intervention de l'avocat ne se comprend et n'est possible que pour ceux de ces actes qui ne se bornent pas à prescrire une mesure purement préparatoire, mais qui *jugent*, qui tranchent un point, soit discuté, soit discutable. C'est donc à ces actes seuls qu'on doit reconnaître le caractère juridictionnel.

60. — Ce critérium permet de faire entrer sans difficulté dans le cadre des prévisions de la loi de 1897 un certain nombre d'actes d'instruction : telles seront notamment les ordonnances de mise en liberté ou de refus de mise en liberté, d'interdiction de communiquer, de soit communiqué ou de clôture de l'information. De même, devra en être exclue l'ordonnance par laquelle le juge délègue ses pouvoirs à un officier de police judiciaire et l'ordonnance de perquisition.

61. — Les conseils de révision et la Cour de cassation ont eu en notre matière à se prononcer sur deux cas où la question peut faire doute : ordonnance de dessaisissement, ordonnance de nomination d'expert.

Pour l'ordonnance de compétence le critérium que nous avons déduit de notre analyse doit conduire à faire reconnaître à cet acte d'instruction le caractère juridictionnel : c'est bien là, au premier chef, un acte de décision, une réponse du juge qui tranche un point litigieux. Aussi Garraud *(loco citato)* et la circulaire du garde des sceaux du 10 décembre 1897, § 3, II, B, classent-ils l'ordonnance de compétence parmi les actes juridictionnels. En ce qui concerne l'ordonnance de dessaisissement, la Cour de cassation *(d)* lui a refusé le caractère juridictionnel en se bornant à poser le principe à la manière d'un axiome, sans donner aucune raison à l'appui.

62.— La Cour de cassation, d'accord avec le Conseil de révision de Paris *(b* et *c)*, a admis la même solution pour l'ordonnance de nomination d'expert. Ici, leur jurisprudence paraît inattaquable et faire une application justifiée des vrais principes.

63. — A l'ordre d'idées que nous venons d'étudier, on peut rattacher par un lien moins étroit, un arrêt de la Cour de cassation *(e)* repoussant l'application de la loi de 1897 pour l'ordre de mise en jugement. Mais sa décision, sur ce point, a été inspirée par un motif particulier ; elle a jugé que l'ordre de mise en jugement n'est pas un acte d'instruction, et que par suite la loi de 1897, disposant uniquement pour l'instruction, ne pouvait le concerner.

XXIX. — *Ordre de mise en jugement*

a) Est entaché de nullité l'ordre de mise en jugement qui ne précise ni ne limite les faits qui font l'objet de l'accusation, et le président du conseil de guerre qui, se basant sur cet ordre de mise en jugement, pose aux juges, dans la salle des délibérations, un nombre de questions illimité, commet un excès de pouvoir. Le jugement, ne reposant sur aucune base légale, est entaché de nullité. (Paris, 26 juin 1884).

b) Le général commandant la circonscription n'est pas tenu, dans son ordre de mise en jugement, de viser les articles de loi qui, n'étant qu'énonciatifs de la qualification du fait reproché et des circonstances de ce fait, ne prononcent aucune pénalité. (Alger, 19 juin 1884).

c) Est nul l'ordre de mise en jugement qui se borne à une qualification vague de la poursuite sans préciser le crime ou le délit, ni indiquer l'article de loi qui le réprime. L'omission de cette formalité substantielle met le commissaire du gouvernement dans l'impossibilité de satisfaire légalement aux prescriptions de l'art. 109 du C. J. M. Il suit de là que l'accusé a été condamné sans avoir eu légalement connaissance de l'accusation exacte dont il était l'objet et que les droits de la défense ont été par suite violés. (Paris, 23 juin 1887).

d) Est nul, spécialement en matière d'outrages publics à la pudeur, l'ordre de mise en jugement qui se borne à constater que l'inculpé est prévenu d'outrages publics à la pudeur, sans spécifier les actes caractéristiques de l'outrage, ni préciser les circonstances de nature à établir leur publicité. (Cass., 6 novembre 1884 et 26 février 1885).

e) L'indication du texte de loi applicable à l'infraction que l'ordre de mise en jugement doit contenir d'après l'article 109 du C. J. M. n'est pas prescrite à peine de nullité. (Cass., 7 février 1908).

64.— L'ordre de mise en jugement est, en droit pénal militaire, l'équivalent de l'acte d'accusation du droit commun. C'est par la notification qui lui en est faite trois jours au moins avant la réunion du Conseil de guerre (art. 109 C. J. M.) que l'accusé a connaissance des faits qui l'amènent devant la juridiction répressive. Le droit supérieur de la défense exige donc que ces faits soient soigneusement précisés et les éléments constitutifs de l'incrimination qui en résulte exactement qualifiés dans l'ordre de mise en jugement, puisque cet acte vaut citation pour l'accusé. Aussi bien, Conseil de révision et Cour de cassation marquent-ils leur accord sur ce principe essentiel *(a, c* et *d)*.

65.— Mais faut-il aller plus loin et exiger, à peine de nullité, que l'ordre de mise en jugement contienne en outre l'indication du texte de loi applicable à l'infraction ? Sur ce point la jurisprudence des conseils de révision et celle de la Cour de cassation sont en contradiction formelle. Le Conseil de révision de Paris *(c)* a nettement tranché la question en faveur de l'affirmative ; il s'est appuyé pour justifier cette solution rigoureuse sur l'impossibilité où serait le commissaire du gouvernement, par suite de cette omission, de satisfaire aux prescriptions de l'art. 109 du C. J. M. qui exige mention du texte de la loi applicable dans la notification de l'ordre de mise en jugement.

Cette décision ne paraît pas à l'abri de la critique. Elle se heurte à une objection juridique des plus sérieuses. Un aphorisme de droit traditionnel proclame : pas de nullité sans texte. Cette règle doit être observée surtout en matière pénale où tout est de droit étroit. Or, si l'article 140 du C. J. M. exige que le jugement mentionne le texte de la loi appliquée, il n'existe aucun texte qui impose pareille obligation pour l'ordre de mise en jugement. Bien plus, l'art. 109 du C. J. M., qui prescrit l'indication du texte de la loi appliquée dans la notification de l'ordre de mise en jugement (acte distinct de l'ordre de mise en jugement lui-même), ne sanctionne pas de nullité cette formalité. D'autre part, le silence de l'ordre de mise en

jugement sur le texte appliqué n'empêche nullement le commissaire du gouvernement de viser ce texte dans sa notification et de satisfaire ainsi à la disposition de l'article 109.

Aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1908, qui a repoussé, dans ce cas, la thèse de la nullité, nous paraît inspiré par une appréciation plus juridique.

Ici encore s'affirment, une fois de plus, les tendances contraires des deux juridictions, tendances formalistes, quelquefois à l'excès pour les conseils de révision, tentances plus libérales portant à faire passer les considérations de pratique et de simplification avant les scrupules inspirés par une interprétation trop littérale des textes, pour la Cour de cassation.

XXX. — *Ordre de service*

a) L'injonction de se rendre à la salle de police n'est pas un ordre de service dans le sens que la loi a entendu donner à ce mot. On ne commande pas un homme pour la salle de police, on lui prescrit de s'y rendre et, au besoin, on l'y fait conduire de force quand il a manqué à son devoir. (Lettre ministérielle du 4 février 1862 ; Conseil de révision de Paris, 31 août 1864.)

b) Le refus de saluer un supérieur est un refus d'obéissance. (Lyon, 4 octobre 1879.)

c) Le refus de changer de tenue pour se rendre aux salles de discipline ne constitue pas le délit prévu par l'article 218 C. J. M. (Alger, 28 janvier 1886.)

d) Le refus de retourner ses poches étant à la salle de police ne constitue pas le refus d'obéissance. (Paris, 3 avril 1886)

e) L'expression « ordre de service » de l'article 218 C. J. M. embrasse tous les ordres relatifs à l'accomplissement d'un devoir militaire quelconque et notamment les injonctions que les chefs adressent à leurs subordonnés pour tout ce qui touche à la discipline intérieure des corps et spécialement à leur tenue. (Cass., 25 novembre 1886, 16 avril 1908.)

f) Le refus par un militaire de prendre son sac, pour se rendre au peloton de punition, doit être considéré comme un refus d'obéissance. (Paris, 20 juillet 1894.)

g) Le refus d'obéir à une injonction, faite par un supérieur à un inférieur de se rendre à la salle de police, constitue un refus d'obéissance. (Cass., 22 juillet 1909.)

h) L'expression « ordre de service » de l'article 218 C. J. M. embrasse tous les ordres relatifs à l'accomplissement d'un devoir militaire et notamment l'injonction par un supérieur de se rendre à la salle de police. (Cass., 16 novembre 1911.)

66. — Le C. J. M., continuant en cela le silence des législations antérieures, n'a pas donné de définition légale de l'expression « ordre de service ».

Aussi, des interprétations diverses du sens qu'il faut donner à ces mots se sont-elles manifestées.

67. Une partie de la doctrine (V. notamment Coupois sous l'art. 218 C. J. M.) place dans une distinction le critérium de l'ordre de service. Au nombre des ordres divers que peut recevoir l'homme de troupe au cours de sa vie militaire, il en est certains dont l'accomplissement exige nécessairement l'acte de volonté personnelle du soldat commandé. Il en est d'autres, au contraire, dont l'exécution peut être poursuivie de vive force, *manu militari*, contre la volonté du soldat. Les ordres de la première catégorie seraient seuls, dans cette théorie, des ordres de service au sens légal du mot.

La lettre ministérielle du 4 février 1862 paraît avoir fait sienne cette distinction et la jurisprudence ancienne des conseils de révision, l'accueillant à son tour, en avait fait des applications diverses (*b*, *c*, *d* et *e*).

Cette théorie ne laissait pas d'encourir la critique. Le moindre reproche qu'on pouvait lui adresser, c'est qu'elle se fondait sur une distinction absolument arbitraire qui ne pouvait se réclamer, ni de la lettre, ni de l'esprit de la loi.

68. — Aussi la Cour de cassation nous paraît-elle avoir rappelé les vrais principes en proclamant (*e*, *g*, *h*) que l'expression « ordre de service » embrasse tous les ordres relatifs à l'accomplissement d'un devoir militaire quelconque et en décidant, spécialement, contrairement à la jurisprudence antérieure des conseils de revision, que l'injonction de la part d'un supérieur de se rendre à la salle de police constitue un ordre de service.

La question se trouve donc aujourd'hui souverainement tranchée dans le sens le plus juridique.

XXXI. — *Pièces à conviction*

a) Les formalités prescrites par les articles 35, 37 et 329 C. I. C. (production des pièces à conviction à l'audience) ne sont pas prescrites à peine de nullité et ne constituent pas des formalités substantielles. (Alger, 12 avril 1883.)

b) La production des pièces à conviction n'est pas prescrite à peine de nullité. (Cass., 30 mai 1907.)

69. La production des pièces à conviction à l'audience est une mesure d'instruction de caractère accessoire. Aussi est-ce à bon droit que le Conseil de révision et la Cour de cassation ont refusé de classer les formalités qui doivent accompagner cette production parmi les formalités substantielles.

XXXII. — *Pouvoir discrétionnaire du Président*

a) Le témoin écarté des débats comme dénonciateur peut être entendu à titre de renseignement. (Paris, 4 nov. 1886.)

b) *Idem* pour le témoin au degré prohibé. (Alger, 16 juillet 1887, 28 juillet 1887. — Paris, 1er octobre 1888.)

c) Le président du Conseil de guerre peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, faire lire, au moment qu'il croira opportun pour la manifestation de la vérité, la déposition écrite d'un témoin non cité. (Paris, 3 avril 1905 ; 11 mai 1905.)

d) Aux termes de l'article 125 C. J. M., le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire pour la direction des débats et la découverte de la vérité. Il peut faire entendre toute personne dont l'audition lui paraît nécessaire. Les personnes ainsi appelées ne prêtent pas serment et leurs déclarations ne sont considérées que comme renseignements. (Paris, 11 mai 1905 ; 8 juin 1905.)

e) La lecture de la déposition écrite d'un témoin, au cours de sa déposition orale, ne peut être légitimée par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du président et entraîne la nullité des débats et du verdict. (Cass., 26 mai 1911.)

f) Le président peut ordonner une expertise au cours des débats en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Il n'est pas

nécessaire que l'exercice de ce pouvoir soit précédé d'une ordonnance par lui rendue relativement à cet exercice. (Cass., 21 janv. 1914.)

70. — Le pouvoir discrétionnaire du président, consacré par l'article 125 C. J. M., est un emprunt fait par le législateur de 1857 au droit commun pénal (Rapport au corps législatif). Il se légitime par les mêmes raisons : de même que la Cour d'assises, le Conseil de guerre n'a pas la faculté de surseoir pour ordonner, d'office ou sur la demande des parties, la comparution régulière de nouveaux témoins ou l'accomplissement de tous actes d'instruction supplémentaires. Le pouvoir discrétionnaire du président a pour but de combler cette lacune en lui permettant, pour assurer le développement de la preuve, de s'affranchir des règles ordinaires de la procédure.

Mais son objet même détermine les limites du pouvoir discrétionnaire. Ces limites peuvent se résumer dans les trois propositions suivantes :

1° Le président ne peut faire irrégulièrement un acte qu'il est possible, sans ajourner le débat, d'accomplir régulièrement ;

2° Le président ne peut faire, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, un acte de nature à entraîner une nullité d'après les règles du droit positif ;

3° Le président, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, est tenu de respecter les droits de la défense.

Ce sont ces principes que les décisions rapportées appliquent à des espèces variées. Il convient de marquer spécialement l'arrêt de la Cour de Cassation du 26 mai 1911 (*e*) qui est inspiré de la règle n° 2 que nous avons dégagée plus haut.

XXXIII. — *Qualification du fait*

a) Les voies de fait exercées à l'audience d'un Conseil de guerre sur un témoin gradé ne peuvent être considérées comme ayant eu lieu pendant le service ou à l'occasion du service.

L'article 119 C. J. M. ne protège en effet que les membres du Conseil de guerre qui sont considérés en audience publique comme étant en service. D'autre part, la situation d'un témoin ne peut être assimilée à un ordre relatif au service. L'accusé et le témoin comparaissent devant la justice avec la faculté réciproque de pouvoir se contredire pour la manifestation de la vérité, en conservant leur situation de supérieur et d'inférieur en dehors du service. (Paris, 14 juin 1884.)

b) Doit être rejeté le moyen pris de l'inexactitude d'une qualification lorsque les questions renferment tous les éléments légaux de l'infraction et que les réponses à ces questions sont régulières. (Cass., 1er février 1908.).

c) Le fait de contrefaire la signature d'une personne n'ayant pas qualité pour authentiquer une pièce arguée de faux tombe sous le coup de l'article 150 du C. P. et doit être considéré comme un faux en écritures privées. Est donc nul le jugement punissant ce crime des peines édictées par l'article 257 du C. J. M. relatif aux faux en matière militaire. (Paris, 7 avril 1898.)

d) Le militaire condamné pour homicide volontaire n'est pas fondé à soutenir devant la Cour de Cassation que les faits constituent un homicide par imprudence, alors que la qualification sur laquelle a statué le Conseil de guerre était conforme à celle de l'ordre de mise en jugement. Il appartient à l'accusé de conclure à la position d'une question subsidiaire. (Cass., 22 décembre 1906.)

e) De simples allégations mensongères, même écrites, sont insuffisantes pour caractériser la manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie. En conséquence, manque de base légale la condamnation du chef d'escroquerie, quand la question, résolue affirmativement, énonce que la manœuvre frauduleuse résulte de la déclaration faussement attestée sur l'honneur et par écrit, par un militaire, qu'il n'y avait ni opposition ni délégation sur sa solde. En ce cas, le président ayant la faculté de modifier la question posée, telle qu'elle résulte de l'ordre de mise en jugement, à l'aide des indications puisées dans le rapport dressé en exécution de l'article 109 du C. J. M., la cassation encourue doit être prononcée avec renvoi. (Cass., 9 septembre 1909).

71.— Nous avons déjà noté sous la rubrique « Appréciation souveraine du Conseil de guerre » que le caractère irréfragable de la décision du Conseil de guerre sur le fait ne fait pas obstacle au droit du juge de révision de vérifier l'exactitude et la légalité de la qualification.

Les décisions ci-dessus rapportées font des applications de ce principe dans des espèces diverses.

XXXIV. — *Question incomplète*

a) La question soumise aux juges qui ne précise aucun fait et dans laquelle on a seulement énoncé le terme légal de l'incrimination, sans l'indication des éléments qui constituent le fait punissable, ne peut servir de base à la condamnation. (Paris, 15 octobre 1880).

b) L'omission du mot coupable dans la position d'une question principale ne permet pas de purger l'accusation résultant de l'ordre de mise en jugement. En ce cas, l'acquittement manque de base légale et constitue un excès de pouvoir contre lequel le commissaire-rapporteur aurait le droit de se pourvoir, non seulement dans l'intérêt de la loi, mais encore afin d'assurer le jugement d'une accusation qui reste entière. (Cass., 30 octobre 1908).

c) Dans le cas d'application de l'article 309, § 4 du C. P., est nulle la condamnation basée sur la solution affirmative par le Conseil de guerre d'une question de coups et blessures dans laquelle n'est pas affirmée l'existence d'une infirmité permanente ayant suivi les violences exercées. (Cass., 28 janvier 1909).

d) Manque de base légale le jugement qui prononce une condamnation du chef de tentative de délit, lorsque la question résolue affirmativement n'énonce pas les éléments essentiels de la tentative légalement punissable. (Cass., 19 janvier 1911.)

e) Doit être annulé le jugement du Conseil de guerre maritime qui fait application de l'article 331 de la loi du 4 juin 1858, alors qu'il ne résulte pas de la question, répondue affirmativement, que le fait reconnu constant a constitué un vol ou une soustraction frauduleuse. (Cass., 3 juillet 1913.)

72. — La mission des juges du Conseil de guerre ne consiste pas à dire seulement si le fait incriminé a été commis ou non : ils doivent aussi et surtout rechercher et dire, si le fait étant constant, l'accusé doit en être déclaré coupable. En d'autres termes, la réponse des juges doit trancher la double question *de matérialité et de moralité* du fait.

C'est pour permettre ce résultat que la question posée aux juges doit s'énoncer non pas : « X... a-t-il commis tel fait », mais : « X... est-il *coupable* d'avoir commis tel fait » ?

Si donc la question ne contient pas le mot « coupable », elle est conçue de telle sorte qu'elle ne porte pas sur le double élément nécessaire pour que la réponse intervienne légalement : elle est donc incomplète et la réponse qui lui est faite est irrégulière et ne purge pas l'accusation.

C'est ce qu'a décidé très juridiquement la Cour de Cassation dans son arrêt du 30 octobre 1908 (*b*).

73. — Les Conseils de révision et la Cour de Cassation (*a*, *c*, *d*) décident aussi unanimement et à bon droit, en vertu des mêmes principes, que la question doit, à peine de nullité, préciser les éléments constitutifs de l'incrimination.

XXXV. — *Questions subsidiaires*

a) La loi fait un devoir au président d'avertir, avant la clôture des débats, l'accusé et le ministère public qu'il posera, dans la salle des délibérations, en cas de réponse négative sur le fait principal, une question subsidiaire, résultant des débats, afin de les mettre à même de présenter leurs observations. (Paris, 13 août 1880, 21 octobre 1881, 17 décembre 1885, 2 décembre 1886, 30 décembre 1886.)

b) Lorsque le président du Conseil de guerre a posé une question subsidiaire à laquelle les juges ont répondu affirmativement, il y a nullité si le procès-verbal ne mentionne pas que le président, avant la clôture des débats, a averti publiquement les parties qu'il posera, en cas de réponse négative sur le fait principal visé par l'ordre de mise en jugement, une question subsidiaire résultant des débats. (Alger, 30 août 1883.)

c) Les questions subsidiaires résultant des débats, doivent être ajoutées et non substituées à celles résultant de l'ordre de mise en jugement. Par conséquent, il est inutile et superflu de les poser au Conseil lorsque les questions principales ont été résolues affirmativement. (Alger, 26 novembre 1885, 24 décembre 1885).

d) Quand le président d'un Conseil de guerre pose d'office une question subsidiaire résultant des débats, il faut, à peine de nullité, qu'avant la clôture il ait fait connaître son intention tant au ministère public qu'à la défense. Mais cet avertissement n'est pas nécessaire quand cette question subsidiaire n'a été posée que sur la demande qu'en a faite le ministère public dans

son réquisitoire : dans ce cas, les intérêts de la défense ont été suffisamment sauvegardés et le défenseur a pu dans sa plaidoirie présenter ses observations sur cette question. (Alger, 30 août 1894.)

e) Le président du Conseil de guerre a le droit de poser, comme résultant des débats, toute question qui, bien que formulant une accusation différente de la première, en ce sens qu'elle est prévue par une autre disposition de la loi, n'est toutefois que la reproduction du fait primitif envisagé sous un autre point de vue et présentant un autre caractère pénal. (Cass., 9 août 1907.)

f) Les questions doivent être posées par le président du Conseil de guerre, conformément à l'ordre de mise en jugement. Lorsque la question principale a été résolue affirmativement, le Conseil de guerre n'a pas à répondre à une question subsidiaire qui serait dès lors sans objet. (Cass. 22 mai 1908.)

g) Lorsque le président du Conseil de guerre a annoncé après l'audition de tous les témoins qu'il poserait, le cas échéant, une question subsidiaire comme résultant des débats, le Conseil de guerre doit, en cas de réponse négative sur la question principale, être mis à même de se prononcer sur la question subsidiaire qui forme un des éléments de l'accusation. Lorsque, à défaut de la position d'une telle question, il n'a pas été statué par le Conseil de guerre sur cette question, l'accusation n'est pas purgée. Le commissaire du Gouvernement est en droit de poursuivre l'annulation de l'acquittement intervenu à la suite d'une déclaration irrégulière et incomplète et la cassation doit être prononcée avec renvoi. (Cass., 31 décembre 1908.)

h) Le président du Conseil de guerre, à défaut d'un incident contentieux, a seul qualité pour apprécier s'il y a lieu de poser une question subsidiaire. (Cass., 4 mars 1909).

i) Doit être cassé le jugement du Conseil de guerre qui retient une circonstance aggravante ayant justifié la peine prononcée alors que cette circonstance ne résultait pas de l'ordre de mise en jugement et que le président n'a pas averti l'accusé qu'il poserait la question comme résultant des débats. (Cass., 13 avril 1911).

74. — C'est au président seul, en principe, qu'il appartient aux termes de l'article 132 C. J M., de poser aux juges les questions précisant l'accusation et permettant de la vider. Le plus souvent les questions ne feront que reproduire les éléments de l'incrimination telle qu'elle est relevée par l'ordre de mise en jugement. Mais il est fréquent aussi que l'instruction à l'audience ait donné aux faits motivant la poursuite un caractère pénal différent de

celui que leur avait attribué l'ordre de mise en jugement : le fait incriminé demeure le même, mais la qualification qu'il comporte doit être changée. Dans ces circonstances, une question subsidiaire précisant la qualification nouvelle peut être posée, soit d'office par le président, soit par jugement du Conseil sur incident contentieux si le défenseur ou le commissaire du Gouvernement ont déposé des conclusions dans ce sens.

75. — L'initiative du président dans cet ordre d'idées est soumise à une condition essentielle : il est tenu de prévenir, avant la clôture des débats, le Ministère public et la défense de son intention de poser, le cas échéant, telle question subsidiaire ou aggravante. Les droits de la défense seraient en effet méconnus si, par suite de l'omission de cette formalité, l'accusé était mis dans l'impossibilité de s'expliquer sur l'incrimination nouvelle relevée contre lui. Aussi les Conseils de révision et la Cour de cassation sont-ils d'accord pour reconnaître à cette formalité le caractère substantiel et pour sanctionner de nullité son inobservation *(a, b, d, i)*.

76. — La Cour de Cassation (*g*) fait produire un effet intéressant à l'avertissement donné par le président qu'il posera une question subsidiaire : elle décide que, dans cette hypothèse, la question subsidiaire forme un des éléments de l'accusation et que, par suite, si cette question n'est pas posée, la question principale étant résolue négativement, l'accusation n'est pas purgée et le jugement encourt l'annulation.

XXXVI. — *Ratures non approuvées*

a) Les interlignes et les ratures non approuvées sont considérées comme non avenues. Par suite, les interlignes non approuvés sur l'ordre de convocation du Conseil de guerre et relatifs à la date de cet ordre de convocation entraînent la nullité des débats et du jugement. (Paris, 16 octobre 1884).

b) Le défaut d'approbation régulière des ratures sur les pièces de la procédure n'est une cause de nullité qu'autant qu'il rend incertaine l'accomplissement d'une formalité essentielle). (Cass., 6 juin 1912).

77. — Aux termes de l'article 78, C. I. C., applicable devant la juridiction militaire, en vertu de l'article 102 C. J. M., les interlignes, ratures, renvois non approuvés, sont considérés comme nuls et non avenus.

Si l'une de ces irrégularités commise sur un acte de la procédure touche l'énonciation d'une formalité essentielle prescrite à peine de nullité, elle aura pour effet d'entraîner la nullité de l'acte tout entier, puisque l'accomplissement de la formalité dont s'agit ne sera pas légalement justifiée.

Les deux juridictions de révision sont d'accord pour sanctionner ce principe.

XXXVII. — *Témoins*

a) Il n'y a pas nullité si les témoins sont restés dans l'auditoire avant de déposer. (Paris, 30 août 1880, 10 septembre 1885.)

b) Aux termes de l'article 126, C. J. M., si un témoin ne se présente pas, le Conseil de guerre peut passer outre aux débats. Mais dans ce cas, il importe, pour satisfaire aux dispositions du dit article, que le P. V. des débats mentionne qu'il a été donné lecture de la déposition écrite de ce témoin. L'inaccomplissement de cette formalité substantielle doit entraîner la nullité du jugement. (Alger, juin 1883 ; 25 octobre 1883).

c) Aux termes formels de l'article 324, C. I. C., tous les témoins cités par le ministère public doivent être entendus aux débats, même lorsqu'ils n'auraient pas déposé par écrit, pourvu qu'ils soient compris dans la liste dressée par ce magistrat. La règle posée par l'article 324 du code précité est absolue. Il n'y a d'exceptions que celles portées en l'article 322 du même code. Les magistrats et greffiers qui ont participé à l'instruction ne sont pas compris dans cette énumération. (Paris, 6 octobre 1881.)

d) L'article 104 du C. J. M. donne au rapporteur le droit de ne pas entendre les témoins dont les déclarations ont été recueillies par un magistrat ou un officier de police judiciaire. (Paris, 17 décembre 1885.)

e) Aux termes de l'article 126 C. J. M., quand un témoin régulièrement cité ne se présente pas et que le Conseil, jugeant que son audition orale n'est pas indispensable à la manifestation de la vérité, ordonne qu'il sera passé outre aux débats, il doit être donné lecture de la déposition de ce témoin, quel que soit le motif pour lequel il ne comparaît pas. Mais pour que la

déposition dont il est ainsi fait état puisse entrer en ligne de compte pour asseoir la condamnation sur une base légale, il est indispensable qu'elle ait été reçue sous la foi du serment régulier et qu'elle soit entourée des mêmes garanties qui eussent été exigées pour la validité du témoignage oral. Est donc nulle, et entraîne l'annulation du jugement de condamnation et des débats qui l'ont précédé, la lecture de la déposition écrite d'un témoin absent qui a valu comme témoignage oral et qui n'avait pas été reçu sous la foi du serment prescrit par l'article 75 C. I. C. (Paris, 30 décembre 1886.)

f) Aux termes de l'article 126 du C. J. M., si un témoin ne se présente pas, le Conseil de guerre peut passer outre aux débats. Il a un pouvoir souverain pour décider que la présence de ce témoin n'est pas indispensable à la manifestation de la verité, mais il importe que le P. V. des débats mentionne qu'il a été donné lecture de la déposition écrite de ce témoin. Le président qui a fait donner lecture d'un rapport, alors que le Conseil avait ordonné la lecture de la déposition du témoin absent, a commis une grave irrégularité qui toutefois ne rentre pas dans les dispositions annulatrices de l'art. 74 du C. J. M., alors surtout que ce rapport était la reproduction exacte de la déposition et que l'accusé et son défenseur n'ont fait aucune opposition. (Alger, 26 août 1886).

g) Devant la juridiction militaire, quand un témoin régulièrement cité et entendu à l'instruction dans les formes légales fait défaut, le Conseil de guerre peut passer outre aux débats ; mais dans ce cas, l'article 126 du C. J. M. exige qu'il soit donné lecture de la déposition écrite. Cette formalité substantielle étant prescrite par la loi pour remplacer les déclarations orales qu'aurait faites le témoin, est nécessaire aussi bien à l'accusé pour établir sa défense qu'au ministère public pour soutenir l'accusation, et son inaccomplissement doit faire annuler le jugement. (Paris, 28 avril 1887).

h) Le ministère public n'est pas tenu de faire citer les témoins à décharge, les articles 315 et 324 C. I. C. permettant aux accusés de faire citer à l'audience tous ceux dont la déposition leur paraît utile. (Principe confirmé par arrêt (Cass. 22 août 1907). Si l'article 321 C. I. C. autorise le ministère public à faire citer à sa requête les témoins qui lui sont indiqués par l'accusé, dans le cas où il jugerait que leur déclaration peut être utile pour la découverte de la vérité, encore faut-il que l'accusé ait fait connaître en temps utile les noms de ces témoins au ministère public. (Alger, 9 juin 1900).

i) Aux termes de l'article 125 C. J. M., le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire pour la direction des débats et la découverte de la vérité. Il peut faire entendre toute personne

dont l'audition lui paraît nécessaire. Les personnes ainsi appelées ne prêtent pas serment et leurs déclarations ne sont considérées que comme renseignements. (Paris, 11 mai 1905 ; 8 juin 1905).

j) Le rapporteur est libre de n'appeler devant lui que les personnes dont il croit les déclarations utiles à la découverte de la vérité. (Paris, 10 août 1905).

k) Aux termes de l'article 126 C. J. M., lorsqu'un témoin ne se présente pas à l'audience, le Conseil de guerre peut passer outre aux débats et lecture est donnée de la déposition du témoin absent. (Paris, 10 août 1905). Décision analogue pour la justice maritime. (Cass., 22 août 1907).

l) Il ne peut résulter aucun grief de ce qu'un témoin aurait assisté à une partie de l'interrogatoire de l'accusé. (Cass., 3 janvier 1906).

m) Les irrégularités de la liste des témoins notifiée ne confèrent d'autres droits à l'accusé que celui de s'opposer à l'audition des témoins sur le nom desquels porterait une irrégularité. (Cass., 2 mars 1907).

n) Il y a nullité des débats et du jugement de condamnation lorsqu'un témoin notifié à l'accusé et à l'audition duquel ni lui ni le ministère public n'ont renoncé, a été entendu, à titre de renseignement, alors qu'aucune constatation du jugement ne justifie de son incapacité d'être entendu sous la foi de serment. (Cass., 26 septembre 1907 ; 3 décembre 1909).

o) En l'absence, en cas de non comparution d'un témoin, de tout incident contentieux sur lequel il eût dû nécessairement être statué par jugement, il n'est pas nécessaire que le passé outre aux débats et la lecture du témoin défaillant soient précédés d'un jugement, ni que la parole ait été donnée préalablement au commissaire du gouvernement et à la défense s'ils ne l'ont pas demandée. (Cass., 21 septembre 1911).

p) Aucune disposition du C. J. M. n'oblige le commissaire du gouvernement à faire citer devant le Conseil de guerre tous les témoins entendus au cours de l'information. (Cass., 4 avril 1912).

q) La lecture de la déposition des témoins absents prévue par l'article 156 du Code de justice pour l'armée de mer du 4 juin 1858 n'est pas prescrite à peine de nullité. (Cass., 4 avril 1912).

r) L'audition d'un témoin incapable, sous la foi du serment, ne peut être une cause de nullité de la procédure, lorsque ce témoin a été entendu sans opposition du ministère public ni de l'accusé. (Cass., 20 juin 1912).

s) Les témoins entendus en vertu du pouvoir discrétionnaire du président n'ont pas le caractère des témoins ordinaires et

ne sont pas assujettis au serment. La circonstance qu'ils ont prêté serment ne modifie pas les conditions de leur témoignage qui ne cesse pas d'être considéré comme renseignement. En conséquence, il importe peu que leur serment ait été prêté dans la forme visée dans l'article 155 C. I. C. ou dans toute autre forme, la prestation du serment, pour les déclarations qui n'en exigent aucun, n'apportant qu'une garantie de plus de leur fidélité et les accusés à qui elle ne porte aucun préjudice étant dès lors sans intérêt pour la critiquer. (Cass., 27 décembre 1912).

t) Le président du Tribunal maritime permanent peut entendre, à titre de renseignement et sans prestation de serment, le témoin au degré prohibé par l'article 332 C. I. C., alors même que ce témoin aurait été cité et notifié et que ni l'accusé ni le commissaire du Gouvernement ne se seraient opposés à son audition sous la foi du serment. (Cass., 20 mars 1913).

Aucune disposition du Code de justice maritime n'exige que le président du tribunal maritime avertisse ce tribunal que la déclaration d'un témoin ne sera considérée que comme renseignement.

78. — Sous le contrôle de l'autorité suprême du général commandant la région, le rapporteur dirige seul l'information, de même que le commissaire du Gouvernement est maître exclusif de l'accusation.

De là une conséquence notable mise en lumière par deux décisions du Conseil de révision de Paris et de la Cour de cassation (*j* et *p*) qui s'inspirent de ce même principe. Rapporteur et commissaire du Gouvernement sont seuls juges de l'opportunité de la déposition des témoins et ils usent d'une liberté absolue dans le choix et la désignation des témoins dont les déclarations leur paraissent utiles à la manifestation de la vérité, soit à l'instruction, soit devant le Conseil de guerre.

79. — Mais, par contre, lorsqu'un témoin figure sur la liste notifiée à l'accusé, son témoignage devient un droit pour ce dernier et l'article 324 C. I. C. exige qu'il soit entendu à peine de nullité (*c*).

80. — L'article 316 C. I. C. dispose que les témoins ne doivent pénétrer dans la salle d'audience qu'au moment de déposer. Ce texte ne prévoit pas de sanction en vue d'assurer l'observation de cette prescription. S'appuyant

sur ce silence, le Conseil de révision de Paris et la Cour de cassation (*a* et *l*) sont d'accord pour reconnaître que la présence des témoins dans l'auditoire avant qu'ils n'aient fourni leurs dépositions n'entraîne aucune nullité.

81. — Les deux juridictions ont adopté au contraire une jurisprudence nettement contradictoire sur une question importante, à cause de la fréquence des cas où elle est susceptible de se poser devant les Conseils de guerre.

Aux termes de l'art. 126 C. J. M., si un témoin ne se présente pas, le Conseil peut passer outre aux débats, mais lecture de la déposition écrite du témoin doit être donnée dans ce cas. Si malgré ce texte, lecture de la déposition n'est pas donnée, quelle sera la conséquence de cette inobservation de la loi ? La difficulté naît du silence du texte, en ce qui concerne la sanction de la règle qu'il édicte.

Les Conseils de révision de Paris et d'Alger ont, unanimement et à plusieurs reprises, jugé (*b*, *e*, *f* et *g*), que la lecture de la déposition écrite du témoin absent est une *formalité substantielle* et que son omission entraîne l'annulation du débat et du jugement.

En sens inverse, la Cour de cassation (*q*) a décidé que la loi ne précisant pas que cette formalité était prescrite à peine de nullité, il n'était pas possible de suppléer au silence du texte et a rejeté la thèse de l'annulation. Cette interprétation fournit un nouvel exemple de la tendance déjà notée de la Cour de cassation de limiter le plus possible les cas d'annulation.

LIVRE IV

Pénalités

I. — *Abus de confiance*

a) Le jugement qui, en matière d'abus de confiance, constate en termes exprès que le prévenu a détourné ou dissipé au préjudice du légitime propriétaire des deniers qui ne lui avaient été remis qu'à titre de mandat, pour payer des dettes, affirme que le mandat n'a pas été rempli, qu'il n'y a pas eu simple retard dans le paiement, mais un détournement réel et définitif, renferme par suite tous les éléments constitutifs et essentiels du délit réprimé par l'art. 408 C. P. (Paris, 18 novembre 1886).

b) La constatation du fait exprimé dans les termes mêmes de l'art. 408 du C. P. implique l'existence des éléments matériels du délit d'abus de confiance, ainsi que l'intention dolosive de l'agent. (Cass. 21 janvier 1909).

c) Doit être cassé le jugement qui a condamné un individu pour abus de confiance, alors que la question posée implique en réalité la violation d'un contrat de vente. (Cass. 3 novembre 1910).

d) N'est pas justifiée la condamnation de laquelle il résulte qu'un militaire est coupable d'abus de confiance au préjudice d'un autre militaire. (Cass. 28 juillet 1911).

e) Le Conseil qui, répondant à la question posée dans les termes de l'art. 408 C. P., déclare le prévenu coupable du détournement, reconnaît par là même l'existence de tous les éléments du délit. (Cass. 30 septembre 1913).

82. — Toutes les décisions rapportées ci-dessus visent la position de la question dans le cas d'abus de confiance.

Dans le recours formé devant le Conseil de révision de Paris (*a*) le condamné contestait la qualification de mandat donné au contrat préexistant au détournement, mais ce moyen a été rejeté par application de l'art. 73 du C. J. M. Les juges de révision ont décidé que la question posée aux juges du Conseil de guerre, renfermant tous les éléments constitutifs du délit prévu à l'art. 408 du C. P., la

réponse était légalement intervenue et constituait une décision souveraine qui ne pouvait être critiquée (voir au titre III : Appréciation souveraine des faits).

Les quatre arrêts de la Cour de cassation donnent des solutions conformes à cette jurisprudence : il faut (3 novembre 1910 et 28 juillet 1911) et il suffit (21 janvier 1909 et 30 septembre 1913) que la question sur laquelle les juges ont répondu affirmativement soit posée dans les termes de l'article 408 du C P.

Cette condition étant réalisée, le recours en révision ou le pourvoi en cassation doit être rejeté par application du principe posé dans l'art. 73 du C. J. M.

II. — *Vol militaire*

a) Le détournement, par un militaire, de deniers ou d'effets dont il est détenteur en vertu de ses fonctions, constitue le crime de vol prévu et réprimé par l'art. 248 du C. J. M. et non le délit d'abus de confiance prévu par l'art. 408 du C. P. (Paris, 25 juin 1877 ; 20 décembre 1880).

b) Le vol militaire est un crime *sui generis* ; le président d'un Conseil de guerre ne peut dès lors poser des questions subsidiaires de vol au préjudice d'habitants, lorsqu'il est constaté en fait que le voleur et le volé sont militaires présents sous les drapeaux. (Paris, 5 mai 1882 ; 17 novembre 1882 ; 30 novembre 1882 ; 29 décembre 1882 ; 20 avril 1883 ; 27 novembre 1884 ; Alger, 24 avril 1884).

c) Le vol militaire est un crime *sui generis* ; le président d'un Conseil de guerre ne peut dès lors poser des questions subsidiaires de dissipation d'effets, lorsqu'il est constaté en fait que le voleur et le volé sont militaires présents sous les drapeaux. (Paris, 16 mars 1883 ; 30 août 1883).

d) Est justifiée l'application de l'art. 248 C. J. M., lorsqu'il ressort des termes mêmes de la question en laquelle sont d'ailleurs spécifiés tous les autres éléments de la qualification relevée, que l'auteur et la victime du vol, au temps où il a été commis, étaient l'un et l'autre dans la position de présence sons les drapeaux. (Cass 10 avril 1908).

e) Les faits prévus et réprimés par l'art. 248 C. J. M. ne peuvent être qualifiés d'abus de confiance dans les termes de l'art. 408 C. P. (Cass. 3 novembre 1910).

f) Manque de base légale le jugement qui a condamné un militaire aux peines édictées par l'art. 248 § 1, lorsque les

questions résolues affirmativement ne mentionnent pas qu'il y y a eu vol, élément essentiel du crime prévu. (Cass. 30 octobre 1913).

83. — Trois principes peuvent être dégagés de ces décisions :

1° Le vol militaire est un crime *sui generis* qui ne peut dégénérer ni en abus de confiance dans les termes de l'art. 408 du C. P. (*a* et *e*) ni en vol au préjudice d'un habitant (*b*), ni en tout autre crime ou délit (*c*).

2° Mais il faut que la question résolue affirmativement par le Conseil de guerre mentionne qu'il y a eu vol (*f*). L'emploi de l'expression détournement ne permettrait pas de donner une base légale au jugement.

3° Le vol militaire exige que l'auteur et la victime du crime soient militaires. On peut ajouter que d'après le 1er alinéa de l'article 258,le vol militaire est caractérisé si le vol a été commis par un militaire au préjudice de l'Etat.

Les décisions des Conseils de révision rapportées ci-dessus (*b* et *c*) et l'arrêt de cassation (*d*), indiquent que le voleur et le volé doivent être présents sous les drapeaux au moment où le vol est commis.

84. — Cette présence sous les drapeaux au temps de l'infraction ne serait pas exigée d'après une interprétation ministérielle (L. M. 3 octobre 1892) : il suffirait que le voleur et le volé fussent en permission régulière (Coupois, p. 128-12 *bis*.). — Si cette interprétation est admise, il faut l'étendre à tous les militaires justiciables des Conseils de guerre aux termes de l'article 57 du C. J. M., c'est-à-dire : 1° à ceux qui, sans être employés, reçoivent un traitement et restent à la disposition du gouvernement ; 2° à ceux qui sont en permission ou en congé. Tous ces militaires pourraient être poursuivis par application de l'article 248 C. J. M. si leur victime était dans l'une de ces situations ou si le vol a été commis au préjudice de l'Etat.

En résumé, le critérium permettant de déterminer la qualité de militaire ou de non militaire de la victime ou de l'auteur du vol serait fourni par les articles 55, 56, 57

et 58 du C. J. M. qui indiquent limitativement les justiciables des Conseils de guerre. Le vol militaire (art. 248) étant compris dans le titre II du Livre IV rend l'auteur du crime justiciable de la juridiction militaire même dans les situations prévues par l'article 57; il est donc considéré comme militaire en ce qui concerne cette infraction ; d'où il faut admettre, par réciprocité, que la victime doit être également considérée comme militaire dans les cas indiqués par le dit article.

La jurisprudence telle qu'elle résulte des arrêts rapportés ci-dessus est en désaccord avec cette interprétation puisqu'elle exige la présence du voleur et du volé sous les drapeaux. Cette exigence peut se justifier par les raisons qui ont motivé la sévérité de la répression du vol militaire, assimilé par le législateur au vol domestique de l'article 381 du C. P., « à celui commis par un individu « abusant de la facilité que lui donne son entrée forcée « dans l'habitation où il vole, ou de la confiance que sa « position doit inspirer » (Foucher). Il paraît certain que ces conditions ne sont pas réalisées lorsque le vol est commis en dehors du milieu qu'on a voulu protéger en raison des facilités matérielles qui sont fournies par la cohabitation obligatoire et par la confiance que les soldats sont amenés à avoir entre eux au point de vue de la sécurité des objets ou des sommes en leur possession.

Les travaux préparatoires ne peuvent fournir aucun renseignement sur la pensée du législateur : ni l'exposé des motifs ni le rapport ne donnent aucune indication sur ce point et dans la discussion au Corps législatif, l'article 248 fut adopté en bloc avec les articles 237 à 256 sans aucune observation.

Nous pensons cependant que l'argument de texte de l'article 57 doit faire admettre l'interprétation donnée par la lettre ministérielle à savoir que, si les militaires dans l'une des situations prévues par le dit article sont justiciables des tribunaux militaires pour le vol militaire, la réciprocité s'impose et qu'on doit considérer comme militaires au sens de l'article 248, tous ceux qui sont dans les mêmes situations.

III. — *Confiscation*

a) La peine de la confiscation spéciale ne peut être prononcée qu'autant que la loi l'ordonne par une prescription formelle. Dès lors doivent être annulées par voie de retranchement et sans renvoi les dispositions d'un jugement qui, dans une accusation de meurtre, ordonne la confiscation d'un objet produit aux débats comme pièce à conviction (Alger, 13 septembre 1894).

b) Doit être cassée la disposition d'un Conseil de guerre qui, en matière de voies de fait envers un supérieur et de coups et blessures volontaires, prononce la confiscation d'un objet saisi comme pièce à conviction. (Cass. 27 juillet 1911).

85. — En matière pénale, la confiscation peut être prononcée par mesure de police — lorsqu'elle porte sur un objet dont l'existence ou la possession par un particulier est prohibée — ou à titre de peine — lorsque cette existence ou cette possession est licite.

La loi ne punit alors que l'usage ou la provenance du dit objet.

Mais dans les deux cas, la confiscation doit être ordonnée ou autorisée, soit directement par un texte formel, soit indirectement lorsque l'existence de l'objet ou sa possession par un particulier est interdite par la loi.

D'après les articles 11 et 464 du C. P., la confiscation étant comprise parmi les peines, il faut qu'elle soit ordonnée ou autorisée par la loi pour que le juge puisse la prononcer.

L'article 139 du C. J. M., appliquant ce principe général, est formel pour ne reconnaître au Conseil de guerre le droit de la prononcer que « dans les cas prévus par la loi ».

Les deux arrêts rapportés ci-dessus en font une application à deux espèces dans lesquelles les tribunaux militaires avaient prononcé la confiscation à titre de peine complémentaire. Le Conseil de révision d'Alger et la Cour de cassation ont pris la même décision : la disposition visant la confiscation est annulée par voie de retranchement et sans renvoi.

IV. — *Contraventions*

a) En matière de contravention concourant avec un délit, les peines doivent être cumulées. (Alger, 10 décembre 1880).

b) Aux termes de l'article 274 du C. J. M. les contraventions commises par les militaires ne sont passibles que d'un emprisonnement qui ne peut dépaser deux mois. La peine prononcée pour une contravention doit se cumuler avec celle relative à un délit. (Alger, 13 mai 1897).

c) L'article 135 C. J. M,, qui prohibe le cumul des peines ne s'applique pas aux contraventions de police. (Cass. 1er février 1907 ; 1er février 1908).

d) Doit être cassé le jugement qui, ayant déclaré un militaire coupable d'ivresse publique et manifeste et de deux délits, ne prononce qu'une peine. (Cass. 17 décembre 1910 ; 18 avril 1912).

86. — Les décisions conformes des Conseils de révision et de la Cour de cassation relatives au cumul des peines, en cas de condamnation pour contravention en même temps que pour crime ou délit, ne sont que l'application de l'article 135 C. J. M. prohibant le cumul en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits.

Le texte ne laisse place à aucune incertitude : dans le cas où une contravention non prévue par le dit article est poursuivie en même temps qu'une infraction plus grave, la règle du non cumul n'est pas applicable et le Conseil de guerre doit prononcer à la fois les peines relatives aux crimes ou délits ainsi que celles fixées pour la contravention.

V. — *Coups et blessures*

a) L'accusé reconnu coupable de coups et blessures volontaires sans circonstances aggravantes ne peut être condamné qu'aux peines de l'article 311 du C. P. Doit être annulé le jugement qui prononce les peines de l'article 309 C. P. (Alger, 10 septembre 1885 ; Paris, 11 février 1886).

b) Dans le cas d'application de l'article 309 § 3 du C. P., est nulle la condamnation basée sur la solution affirmative par le Conseil de guerre d'une question de coups et blessures dans laquelle n'est pas affirmée l'existence d'une infirmité ayant suivi les violences exercées (Cass. 28 janvier 1909).

87.— Les deux juridictions sont unanimes à reconnaître que l'article 309 du C. P. ne s'applique qu'au cas de coups et blessures qualifiés. Lorsqu'il s'agit de coups et blessures volontaires simples n'ayant produit aucune maladie ni incapacité de travail, le Conseil de guerre ne peut prononcer que les peines prévues par l'article 311 du Code Pénal. Une réponse affirmative à la question visant l'une des circonstances aggravantes prévues par les § 1, 3 et 4 de l'article 309 est donc nécessaire pour que le Conseil de guerre puisse appliquer les pénalités du dit article. En l'absence de cette affirmation, le fait déclaré constant par le Conseil de guerre, dans la réponse à la question principale, ne peut être que celui prévu par l'article 311 et le jugement qui prononce les peines de l'article 309 doit être annulé par application de l'article 74 § 3 du C. J. M.

VI. — *Désertion d'un jeune soldat*

a) Le soldat ayant moins de trois mois de service ne peut être condamné comme déserteur qu'après un mois d'absence et il bénéficie de ce mois, alors que son absence a été constatée à l'expiration d'une permission, pourvu que les 3 mois de service n'aient pas été accomplis. (Paris, 24 août 1883).

b) Les dispositions de l'art. 231 du C. J. M. qui donnent un mois pour être déclaré déserteur au soldat n'ayant pas trois mois de service sont inapplicables à la désertion à l'étranger. (Paris, 3 août 1885).

c) Le soldat qui n'a pas trois mois de service ne peut être considéré comme déserteur qu'après un mois d'absence. (Cass., 10 avril 1908).

88. — Le principe inscrit dans le 1er § de l'art. 131 C.J.M. est général et absolu : le soldat qui n'a pas trois mois de service ne peut être considéré comme déserteur qu'après un mois d'absence, quelles que soient les conditions dans lesquelles la désertion s'est produite (*a* et *c*).

C'est méconnaître les termes et l'esprit du dit article que d'appliquer le 2e §, lorsque l'absence a été constatée à l'expiration d'une permission, en déclarant déserteur, quinze jours après celui fixé pour son retour au corps, le

jeune soldat qui n'a pas les trois mois de service exigés par le 1er §. Les deux dispositions doivent être combinées et le bénéfice du délai d'un mois accordé au jeune soldat, parce qu'il est présumé dans l'ignorance de ses obligations militaires, doit lui être maintenu. La circonstance qu'il a été déclaré déserteur à l'expiration d'une permission ne saurait le lui faire perdre, s'il est constaté qu'à ce moment il ne remplissait pas les conditions de service exigées par la première disposition de l'art. 131.

89. — Mais on ne saurait étendre cette mesure de bienveillance au cas de désertion à l'étranger (*b*). L'art. 235 qui prévoit ce dernier délit est applicable à tout militaire; il ne calcule plus, comme pour la désertion à l'intérieur, les délais de grâce d'après le temps de service du coupable : la loi fixe uniformément à trois jours, pour la désertion à l'étranger en temps de paix, le délai accordé après celui de l'absence constatée.

VII. — *Désertion. — Validité d'incorporation*

a) Lorsqu'un individu poursuivi pour désertion excipe de la nullité de l'acte qui le lie au service, les tribunaux militaires sont tenus de surseoir jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la question préjudicielle par l'autorité compétente. (Alger, 31 juillet et 7 septembre 1899).

b) Les tribunaux militaires et la Cour de cassation ont qualité pour examiner la régularité de l'incorporation d'un militaire en ce qui concerne le délit de désertion qui comporte comme élément essentiel la légalité de l'incorporation du prévenu. (Cass., 7 juillet 1910).

90. — L'arrêt de la Cour de cassation (*b*) paraît être en désaccord avec les décisions des conseils de révision sur la question de savoir à qui incombe le soin de vérifier la légalité de l'incorporation. Ce désaccord n'est qu'apparent. L'arrêt contient, en effet, les motifs suivants :

« Attendu que les tribunaux militaires n'ont pas qualité
« pour examiner si le titre en vertu duquel un individu
« figure sur les contrôles de l'armée est ou non valable,

« Et qu'en principe il n'appartient pas non plus à la Cour « de cassation de prononcer sur la régularité ou l'irrégu- « larité prétendue de l'incorporation d'un militaire ;

« Mais attendu qu'il en est différemment en ce qui con- « cerne le délit de désertion, etc.... »

La Cour de cassation confirme donc la jurisprudence des Conseils de révision en décidant que les Conseils de guerre et la Cour de cassation ne peuvent, en principe, juger les diverses questions contentieuses susceptibles d'être soulevées au sujet de l'acte qui lie le militaire au service.

Cette interprétation se justifie en effet en présence :

a) Des textes formels des art. 28 et 29 de la loi de recrutement du 21 mars 1905 qui attribuent :

1° Au tribunal civil du lieu du domicile, la connaissance des questions relatives à l'état et aux droits civils des jeunes gens portés surles tableaux de recensement;

2° Au Conseil d'Etat la connaissance de recours contre la décision des conseils de révision pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi ;

3° Aux conseils de révision eux-mêmes, le droit de réviser leur première décision pour erreur matérielle ou défaut de justification ;

b) De l'art. 326 C. C. d'après lequel les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. S'il s'agit d'un engagé volontaire qui soulève une question d'état, c'est encore devant le tribunal civil que la question devra être portée.

La rubrique *b)* doit donc être complétée par les motifs de cet arrêt. Il faut y voir simplement l'affirmation d'une exception au principe général posé au sujet de l'application de l'article 56 C. J. M. (Voir Compétence générale). Quelle que soit la régularité ou l'irrégularité de son incorporation, un individu est justiciable des conseils de guerre s'il est porté présent sur les contrôles, reçoit une solde et est assujetti à la discipline sans réclamation de sa part. (Cass., 18 avril 1856 et 9 avril 1887).

Mais le principe n'est plus applicable en cas de désertion, parce que ce délit n'est pas seulement une infraction

à la discipline militaire, mais qu'il a le caractère spécial d'être « surtout une violation, soit du contrat d'engage-« ment, soit de l'obligation qui est imposée par la loi à « tout individu appelé à son service militaire de conti-« nuer ce service », d'où il suit que « l'élément essentiel « et indispensable de la constitution de ce délit est, avant « tout, la légalité de l'incorporation et son caractère obli-« gatoire ». Par conséquent, il est indispensable de vérifier si cette condition est réalisée avant de se prononcer sur l'existence du délit.

Les tribunaux militaires et la Cour de cassation auront donc à examiner si la preuve en a été faite, au lieu de se borner à constater que l'accusé vivait effectivement comme militaire à la caserne, ce qui suffirait pour justifier leur compétence pour tous les autres crimes ou délits militaires. Dans le cas de la négative, le Conseil de guerre devra surseoir à statuer, comme l'indiquent les décisions des conseils de révision, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la question préjudicielle par l'autorité compétente.

VIII. — *Désertion. — Question d'Etat*

a) Quand un condamné pour désertion par un conseil de guerre conteste devant le conseil de révision sa nationalité et la validité de son incorporation dans l'armée française, cette contestation soulève une exception préjudicielle renfermant une question d'état que la juridiction civile peut seule résoudre, à l'exclusion de toutes autres juridictions. Dans ce cas, il y a lieu pour le tribunal militaire de surseoir à statuer jusqu'à production de pièces à fournir par l'accusé ou son défenseur. (Paris, 9 juillet 1885).

b) Les conseils de guerre ne sont tenus de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la question préjudicielle d'extranéité soulevée par un prévenu de désertion que si l'exception est fondée sur un titre apparent de nature à rendre vraisemblable le droit invoqué. (Cass., 24 juillet 1913).

91. — Les deux décisions confirment les conclusions émises dans notre examen des décisions rapportées sous la rubrique : « Désertion ; validité d'incorporation. » Lorsque dans une poursuite en désertion une contestation

soulevant une question d'état est portée devant un tribunal militaire, il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que soient produites les pièces établissant que la juridiction compétente s'est prononcée sur la question préjudicielle.

92. — Ce principe est indiscutable, mais son application doit être réservée aux seuls cas où l'on peut admettre qu'il est sérieusement invoqué. C'est ce qu'a voulu établir la Cour de cassation dans son arrêt du 24 juillet 1913 en rappelant les dispositions de l'art 182 du Code forestier, aux termes duquel le tribunal saisi ne doit surseoir à statuer que si l'exception préjudicielle est fondée sur un titre produit, de nature, dans le cas où il serait reconnu par l'autorité compétente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites tout caractère de délit. Elles doivent être appliquées par les conseils de guerre comme par les tribunaux de droit commun.

IX. — *Désertion avec emport d'effets*

a) Est nul le jugement pour désertion avec emport d'effets si, la question principale étant résolue négativement, on n'a pas posé la question subsidiaire de dissipation d'effets. (Paris, 26 janvier 1881; Paris, 9 décembre 1881; Alger, 23 mai 1886).

b) Lorsque dans une prévention de désertion à l'intérieur avec emport d'effets, le Conseil de guerre, après avoir répondu négativement à la question principale de désertion, omet de se prononcer sur la circonstance d'emport d'effets, laquelle constitue un délit spécial, l'accusation n'est pas purgée. Il y a lieu, de ce chef, à cassation du jugement d'acquittement. (Cass., 10 mars 1911).

93. — Aux termes des articles 232 et 236 du C. J. M. relatifs à la désertion à l'intérieur et à l'étranger, le fait, pour le militaire poursuivi, d'avoir emporté, en abandonnant ses drapeaux, une de ses armes, un objet d'équipement ou d'habillement, ou d'avoir emmené son cheval, constitue une circonstance aggravante du délit principal. Cette circonstance aggravante ne peut être retenue que si les objets ne sont pas rapportés, ou si le cheval n'est pas ramené au corps par le délinquant, car le législateur n'a

voulu punir que la dissipation ou le détournement des effets, armes, munitions ou objets à lui remis pour le service. Si cette aggravation existe, il faut qu'elle fasse l'objet d'une question distincte (art. 132 C. J. M.). Or, il est de principe que toute circonstance aggravante tombe d'elle-même lorsque le fait principal est résolu négativement.

94. — Les arrêts rapportés ci-dessus indiquent que ce principe ne saurait être appliqué dans les cas de désertion avec emport d'effets. Cette exception au principe se justifie comme il suit : la poursuite dirigée contre le délinquant visait, outre le fait principal de désertion, une circonstance aggravante qui constitue à elle seule un délit tombant sous l'application de la loi pénale (article 245 C. J. M.) ; par conséquent, le Conseil de guerre était légalement saisi de deux délits distincts dont l'un, celui d'emport d'effets détournés ou dissipés pendant la désertion, se rattachait intimement au fait principal.

Mais ce fait principal étant écarté, il reste à juger, pour vider l'ordre de mise en jugement et purger l'accusation, le fait accessoire qui constitue, s'il est isolé, le délit prévu par l'art. 245 C. J. M. (1).

Les deux juridictions ont émis sur ce point des décisions conformes : le jugement doit être annulé si les juges ne se sont pas prononcés sur la question subsidiaire de dissipation d'effets.

95. — Elles diffèrent sur l'étendue de la cassation :

Les décisions des conseils de révision de Paris (9 décembre 1881) et d'Alger (27 mai 1886), admettant que « le fait d'emport d'effets, considéré d'abord comme une circonstance aggravante de la désertion, a nécessairement été discuté aux débats et que l'omission commise dans le

(1) L'atténuation de pénalité prévue par le 2e alinéa de l'art. 246 C. J. M., pour les effets de petit équipement, s'explique historiquement par l'existence, en 1857, de la « masse », qui servait à l'achat de ces effets. La masse est aujourd'hui supprimée et les effets de petit équipement sont fournis par l'Etat au même titre que tous les autres. La disposition bienveillante de l'art. 246 n'a cependant pas été abrogée, bien que sa raison d'être ait disparu.

jugement repose uniquement sur le fondement de la non-existence d'une loi pénale qui pourtant existe et ne peut conséquemment préjudicier à l'accusé », annulent, dans l'intérêt de la loi, et sans renvoi, les jugements dont est recours.

La circonstance aggravante a été nécessairement discutée, affirment les décisions ci-dessus; il n'en existe aucune trace dans le jugement, qui n'a d'autre base qu'une simple supposition.

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 1911 se borne à constater, au contraire, qu'il n'a pas été statué sur les questions relatives à l'emport d'effets militaires, que l'annulation d'un acquittement ne peut être poursuivie dans l'intérêt de la loi, sans préjudice à la partie acquittée, que dans le cas où cet acquittement a été prononcé sur le vu d'une déclaration régulière de non culpabilité sur tous les chefs d'accusation et que, dans le cas où l'accusation n'est pas purgée, l'acquittement constitue, de la part des juges qui le prononcent, un excès de pouvoir contre lequel le commissaire du Gouvernement a le droit de se pourvoir, afin d'assurer le jugement d'une accusation qui n'a pas été soumise en entier à la décision du Conseil de guerre. Par ces motifs, la Cour casse le jugement, maintient la déclaration de non culpabilité sur le fait de désertion et renvoie l'accusé, ensemble les pièces de la procédure, devant un nouveau Conseil de guerre, pour être procédé conformément à la loi, sur le délit non purgé.

Cet arrêt paraît inattaquable au point de vue juridique et c'est à cette jurisprudence que l'on devra désormais se conformer.

X. — *Insoumission*

a) Le délit d'insoumission n'existe et n'est punissable qu'autant que le réserviste ou le territorial considéré comme insoumis ne s'est pas trouvé, lors de son appel à l'activité, empêché de rejoindre par un cas de force majeure. Se trouve dans le cas de force majeure prévu par la loi, le réserviste convoqué pour

accomplir une période d'instruction qui se trouvait, à l'époque fixée pour son arrivée au corps ou dans le mois qui suit le jour, arrêté ou détenu en vertu d'un jugement. (Paris, 23 mars 1899).

b) Pour les hommes de la réserve et de l'armée territoriale, le délit d'insoumission n'existe et n'est punissable qu'autant qu'il a été consommé hors le cas de force majeure et après un premier manquement constaté. Ces deux conditions essentielles, formant les éléments constitutifs du délit d'insoumission, doivent être explicitement énoncées dans la question soumise aux juges. (Paris, 4 mai 1899),

c) De la combinaison des articles 73 et 75 de la loi du 15 juillet 1889, il résulte que le délit d'insoumission est constitué lorsque, après un premier manquement constaté, le militaire en congé rappelé à l'activité ne se rend pas, hors le cas de force majeure, le jour fixé, ni dans le mois qui a suivi, à la destination indiquée par un ordre de route notifié à son domicile légal. Il n'est pas nécessaire qu'une punition disciplinaire ait été prononcée après le premier manquement constaté, mais la question posée au Conseil de guerre doit mentionner l'existence de ce premier manquement. (Cass., 23 novembre 1907).

d) Manque de base légale le jugement qui condamne du chef d'insoumission un marin réserviste, lorsque la question résolue affirmativement n'énonce pas qu'il y a eu désobéissance à un ordre individuel de route réitérant l'ordre de rejoindre. (Cass., 8 mai 1913).

96. — La loi du 21 mars 1905, non modifiée sur ce point par celle du 7 août 1913, a rappelé les dispositions déjà inscrites dans la loi du 15 juillet 1889 au sujet des éléments constitutifs du délit d'insoumission.

Cependant, le délai qui était fixé uniformément à un mois, en temps de paix, par les articles 73 et 75 de la loi de 1889 pour les jeunes soldats appelés (art. 73) et pour les militaires en congé rappelés sous les drapeaux, les hommes de la réserve et de l'armée territoriale convoqués pour des manœuvres ou des exercices ou appartenant à des classes rappelées par décret (art. 75), a été modifié par la loi de 1905 : l'article 83 accorde un délai de 30 jours aux jeunes soldats appelés et aux militaires en permission ou en congé dans leurs foyers rappelés à l'activité et l'article 85 un délai de 15 jours aux militaires en congé en attendant leur passage dans la réserve de l'armée active — c'est-à-dire libérés par anticipation du

service militaire dans l'armée active — et aux hommes de la réserve et de l'armée territoriale rappelés par voie d'affiches ou par ordres d'appel individuels.

Les décisions indiquées ci-dessus ne se rapportent qu'aux hommes de complément. Elles précisent les deux éléments constitutifs du délit d'insoumission dans ce cas spécial (en dehors du délai dont il vient d'être question).

Le deuxième élément n'est pas nécessaire s'il s'agit d'un jeune soldat appelé sous les drapeaux ; mais pour les hommes visés dans l'article 85 de la loi du 21 mars 1905 il faut : 1° Que le délit ait été consommé hors le cas de force majeure et la décision du Conseil de révision de Paris *(a)* cite comme exemple une espèce dans laquelle l'intéressé se trouvait détenu en vertu d'un jugement à l'époque fixée pour la convocation et pendant le délai qui lui était imparti par la loi ;

2° Qu'il y ait eu un premier manquement constaté avant la récidive qui motive la poursuite pour insoumission, sans qu'il soit nécessaire que cette première faute ait été sanctionnée par une punition disciplinaire. La question posée aux juges doit indiquer la réunion de ces deux conditions essentielles.

L'homme qui ne s'est pas rendu à la convocation par voie d'affiches ou par ordre d'appel individuel reçoit par les soins du recrutement un ordre de route individuel qui fixe la date à partir de laquelle courra le délai de 15 jours entre la date de la convocation et l'origine du délit. Il va sans dire qu'il faut en outre constater dans la question la notification régulière du dit ordre de route à l'intéressé.

XI. — *Non cumul des peines* (Art. 135 du C. J. M.)

a) Le principe prohibitif du cumul des peines énoncé dans l'article 135 C. J. M. est général et absolu. Lorsqu'un accusé a été reconnu coupable d'outrages en dehors du service envers un supérieur, de rébellion envers la force armée et de bris de clôture, le jugement d'un Conseil de guerre qui, outre la peine d'emprisonnement édictée par l'article 224 C. J. M. prononce

une amende de 50 francs en vertu de l'article 456 C. P. fait une fausse application du dit article et méconnaît les dispositions de l'article 135 C. J. M. Dans l'espèce, l'annulation doit être prononcée par voie de retranchement et sans renvoi. (Paris, 29 juin 1883).

b) Est nulle la disposition du jugement d'un Conseil de guerre qui applique la peine accessoire de l'amende en vertu de l'article 164 C. P. au crime de faux en matière d'administration militaire prévu et puni par l'article 257 C. J. M. La seule peine édictée est celle des travaux forcés à temps. Dans l'espèce, l'annulation doit être prononcée par voie de retranchement et sans renvoi. (Paris, 20 juillet 1883.)

c) Lorsqu'un accusé a été reconnu coupable d'outrages envers des supérieurs en dehors du service, et de bris de clôture, le jugement d'un Conseil de guerre qui, outre la peine d'emprisonnement édictée par l'article 224 du C. J. M., prononce une amende de 50 francs en vertu de l'article 456 du C P. fait une fausse application du dit article et viole les dispositions de l'article 135 du C. J. M. Dans l'espèce l'annulation doit être prononcée par voie de retranchement et sans renvoi. (Paris, 22 juin 1905.)

d) Il y a cumul lorsque le jugement de condamnation ajoute, à l'emprisonnement légalement prononcé, une amende empruntée à une article de la loi pénale inapplicable parce qu'il édicte la peine la moins forte. (Cass., 5 janvier 1907.)

e) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de désertion et bris de clôture, le Conseil de guerre qui prononce la peine d'emprisonnement pour le premier délit ne peut y ajouter la peine d'amende encourue par le bris de clôture. La cassation a lieu par voie de retranchement et sans renvoi. (Cass., 22 août 1907 ; 21 mai 1908 ; 11 mai 1911 ; 17 avril 1913.)

f) Viole l'article 135 C. J. M. la décision du Conseil de guerre qui prononce deux peines distinctes à raison de deux délits compris dans la même poursuite. Cassation par voie de retranchement et sans renvoi. (Cass., 12 septembre 1907.)

g) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de bris volontaire d'objets de casernement et de bris de clôture, le Consei de guerre qui prononce la peine d'emprisonnement pour le premier délit ne peut y ajouter la peine d'amende encourue par le bris de clôture. La Cassation a lieu par voie de retranchement sans renvoi. (Cass. 13 janvier 1910 ; 11 mai 1911.)

h) Lorsque deux poursuites distinctes dirigées contre le même prévenu ont été portées à la même audience, que la défense a conclu à la jonction des peines et à l'application d'une peine unique et que néanmoins le tribunal a statué par deux jugements, les deux peines d'emprisonnement qu'il prononce peu-

vent se cumuler, pourvu que, réunies, elles n'excèdent pas le maximum de la plus forte, mais s'il a été prononcé une peine d'amende, puisée dans la pénalité la plus faible, elle doit être absorbée par la peine la plus forte si celle-ci ne comporte pas de peine pécuniaire. La cassation a lieu dans ce cas sans renvoi et la Cour ordonne la confusion. (Cass., 13 mai 1910.)

i) Lorsqu'un militaire est reconnu coupable de voies de fait envers un inférieur et d'outrage public à la pudeur, le Conseil de guerre qui prononce la peine de l'emprisonnement édictée pour les voies de fait ne peut y ajouter celle de l'amende encourue pour l'outrage public à la pudeur. Cassation par voie de retranchement et sans renvoi. (Cass., 27 avril 1911.)

j) Il n'appartient pas aux juges, après avoir prononcé contre les condamnés les peines édictées par la loi à raison des faits dont ils ont été déclarés coupables, de modifier eux-mêmes leur sentence et de déclarer que l'une ou l'autre ne sera pas subie. (Cass., 24 octobre 1912).

97. — La règle de non cumul des peines édictées par l'article 135 du C. J. M. est générale ainsi que l'indique la décision du Conseil de révision de Paris, du 29 juin 1883.

Tous les arrêts rapportés ci-dessus en font l'application.

98. — Ils ajoutent que l'annulation est prononcée par voie de retranchement et sans renvoi. Cette disposition est contraire aux prescriptions de l'article 167 : si le Conseil annule pour tout autre motif (que l'incompétence) il renvoie l'affaire devant un Conseil de guerre qui n'en a pas connu. On ne trouve, en effet, dans le Code de justice militaire, aucune disposition analogue à celle qui est contenue dans le dernier § de l'article 429 C. I. C. et qui accorde, dans certains cas, à la Cour de Cassation, le droit de procéder sans renvoi. (Art. 429 § 5 C. I. C. Dalloz J. G. Voir cassation n° 2238 et suivants.)

Foucher est nettement opposé à la solution admise dans les décisions ci-dessus. Il fait remarquer dans son commentaire (1044) que le principe à appliquer est toujours celui qui interdit au Conseil de révision de connaître du fond des affaires : « Le Conseil ne peut que recon-
« naître le vice du jugement sans pouvoir le réparer,
« parce qu'il n'a pas, comme la Cour de cassation, com-

« pétence à cet égard; il doit renvoyer devant un autre « Conseil de guerre que celui qui a prononcé la sentence « annulée pour faire une plus saine application de la loi « pénale ».

La Cour de cassation est exceptionnellement investie, dans le cas de l'article 429 C. I. C., du pouvoir de juger le fond de l'affaire (Dalloz J. G. v°, Cassation n° 2243); et ce pouvoir n'est attribué aux tribunaux militaires par aucun texte du C. J. M.; au contraire, l'article 73 précise qu'ils ne connaissent pas du fond des affaires.

Nous voyons cependant par les arrêts rapportés qu'une jurisprudence s'était établie dans les conseils de révision qui admettait le droit d'annuler sans renvoi lorsque l'annulation ne portait que sur le retranchement d'une partie du jugement attaqué. Elle était basée sur l'opinion émise par le Ministre de la Justice dans une lettre du 17 avril 1872 : « Lorsqu'il ne reste plus rien à juger, le renvoi « devant une juridiction ne serait qu'une formalité sans objet et un retard inutile ».

La Cour de Cassation a maintenu cette jurisprudence qu'elle appliquait d'ailleurs par l'argument tiré de l'article 429 du C. I. C. en matière de droit commun.

99. — Le cas le plus fréquent de violation de la règle de non cumul est celui de l'amende empruntée à la peine la moins forte et ajoutée à celle qui est prononcée pour l'infraction la plus grave.

La décision *(b)* se rapporte à une espèce dans laquelle le Conseil de guerre avait cru devoir appliquer, au faux en matière d'administration militaire de l'article 257 C. J. M., l'amende qui doit être prononcée, comme peine accessoire, en vertu de l'article 164 du C. P. aux divers faux prévus et punis par ce Code. Mais l'article 257 C. J. M. se suffit à lui-même et l'on ne saurait ajouter, aux pénalités qu'il prévoit, les dispositions communes des articles 163 et 164 du C. P. qui ne sont pas visées dans son texte.

100. — Dans l'arrêt *(h)* la Cour de Cassation a fait application de la règle suivant laquelle les peines de même

nature, prononcées par décisions distinctes contre un même individu, à raison de faits poursuivis séparément et antérieurs à la date à laquelle la première condamnation est devenue définitive, doivent se cumuler, si le juge n'en ordonne autrement, à moins que par leur réunion elles n'excèdent le maximum de la peine la plus forte. La Cour ne critique, dans le jugement du Conseil de guerre, que la condamnation à l'amende qui n'était pas comprise dans la peine la plus forte et qui aurait dû être absorbée par elle, le cumul ne pouvant s'appliquer qu'aux deux peines d'emprisonnement, pour rester dans les limites de la peine prévue pour l'infraction la plus grave.

101. — L'arrêt du 24 octobre 1912 *(j)* s'applique à un vice de forme assez spécial : le Conseil de guerre, après avoir prononcé plusieurs peines, avait ensuite déclaré qu'une seule serait subie. Sans doute la volonté du législateur était ainsi respectée, mais le texte de l'article 135 C. J. M. est formel : « la peine la plus forte est seule prononcée ». Cette disposition était donc méconnue.

102. — La règle générale du non cumul comporte cependant quelques exceptions qu'il y a lieu de signaler :

1° L'article 245 du C. P., après avoir fixé les peines applicables aux détenus qui se seront évadés ou qui auraient tenté de s'évader par bris de prison ou violence, ajoute : « le tout sans préjudice de plus fortes peines qu'ils auraient pu encourir pour d'autres crimes qu'ils auraient commis dans leurs violences ». Les peines prévues pour l'évasion se cumulent dans ce cas avec celles qui correspondent aux infractions concomitantes au premier délit ;

2° L'article 135 C. J. M. ne prévoit que le cas où l'accusé est convaincu de plusieurs crimes ou délits, par conséquent le cumul est de droit s'il s'agit de condamnation simultanée pour crimes ou délits et contraventions. (Alger, 10 novembre 1882; Cass., 1er février 1907, 1er février 1908, 17 décembre 1910, 19 avril 1912) ;

3° Lorsqu'un accusé est prévenu et reconnu coupable de deux crimes ou délits dont le moins grave entraîne

une peine accessoire, l'article 365 C. I. C. (qui, dans son 2e alinéa contient les termes de l'article 135 C. J. M.) ne fait pas obstacle à ce que cette peine soit prononcée contre lui cumulativement avec la peine principale la plus forte. (Cass., 26 décembre 1912).

Cette exception au principe général s'explique par le but de la peine accessoire adéquate au caractère particulier du délit qu'elle est destinée à réprimer. Le vœu de la loi ne serait pas rempli si cette mesure de protection spéciale n'était pas ordonnée par le seul fait que l'accusé s'est rendu en outre coupable d'une infraction plus grave.

CONCLUSIONS

La revue comparative de la jurisprudence respective des conseils de révision et de la Cour de cassation nous permet de faire une première constatation qui s'impose : dans la presque unanimité des cas, les principes sanctionnés par les deux juridictions sont conformes. Sur les 53 rubriques sous lesquelles nous avons classé les espèces diverses étudiées, 47 nous permettent de constater un accord complet et 6 seulement révèlent une divergence nettement marquée.

Cette observation démontre que, dans l'ensemble, et sauf les quelques questions de détail que nous avons eu à relever, la Cour de cassation a continué, sans y rien changer, les traditions des conseils de révision. La réforme de 1906 n'a donc pas eu les conséquences perturbatrices espérées par certains, redoutées par d'autres.

Dans les rares cas, d'ailleurs, où la Cour de cassation se sépare des conseils de révision, elle le fait dans une pensée qu'on ne saurait qu'approuver ; elle marque sa double tendance à réagir contre le formalisme étroit dont s'étaient inspirés à diverses reprises les Conseils de révision, et à réaliser une adaptation plus rationnelle, en même temps que plus pratique, des principes juridiques aux nécessités particulières de l'administration de la justice en matière militaire.

C'est surtout à l'occasion de la question du critérium des *formalités substantielles* que s'affirme la première de ces tendances. On sait comment se pose cette question : à prendre à la lettre le texte de l'art. 408 C. I. C., dont le législateur de 1857 a reproduit les termes dans l'article 74 C. J. M., on serait conduit à décider que la cassation n'est ouverte qu'en cas de violation ou d'omission d'une formalité prescrite par la loi à peine de nullité. Cette interprétation, malgré son caractère juridique, apparent, serait en réalité trop étroite et erronée. Il est, en

effet, des formalités qui sont de l'essence même de toute procédure et pour lesquelles cependant aucun texte ne prévoit la sanction de nullité ; telles sont, par exemple, les règles relatives à la composition de la juridiction, nécessaires à l'instruction, ou tenant au respect des droits de l'accusation ou de la défense. La jurisprudence a dénommé ces formes « substantielles » et a admis la nullité lorsque, même en l'absence de réclamation des parties, elles n'étaient pas respectées, les distinguant ainsi des formes qui, bien qu'utiles, ne sont que secondaires, et dont l'inobservation, ne compromettant aucun intérêt essentiel, n'exige pas en principe et, sauf le cas où elles ont été formellement revendiquées, la sanction de nullité. Le principe de cette distinction est des plus légitimes ; mais son application en fait ne va pas sans de grandes difficultés ; quel doit être en effet le critérium des formes substantielles et des formes secondaires ?

Sur cette question, deux courants contraires se sont produits : l'un se préoccupant avant tout des intérêts de la justice supérieure et du droit de la défense et multipliant les causes de nullité, l'autre ayant en vue d'éviter le danger de ralentir la marche de la répression en la menaçant de trop de causes de déchéance.

Entre ces deux tendances, les conseils de révision avaient manifestement adopté la première ; ils avaient étendu à l'excès la notion des formalités substantielles, et multiplié les cas de nullité, souvent même dans des espèces où ni le texte, ni l'esprit de la loi ne le commandait. Au cours de notre étude, nous avons fait cette constatation, notamment au sujet de la lecture des procès-verbaux de l'information à l'accusé et pour la lecture de la déposition des témoins absents régulièrement convoqués.

La Cour de cassation a réagi contre ce courant, et continuant pour la justice militaire l'œuvre qu'elle avait réalisée déjà en droit commun, elle l'a ramenée à la stricte observation des vrais principes. Elle a adopté et consacré la doctrine permettant de réduire le plus possible les cas d'annulation et à ramener le domaine des formalités

substantielles dans ses justes limites. Elle y a fait entrer notamment les règles tenant à la composition de la juridiction, au défaut d'audition du ministère public ou de la défense, au défaut de publicité et à l'absence de motifs dans le jugement, mais en a écarté toutes les formes qui, bien qu'imposées par un texte, revêtent par leur objet même un caractère seulement accessoire et secondaire (comme par exemple la lecture des procès-verbaux d'information ou de la déposition des témoins absents). La violation de ces dernières formes n'entraînera l'annulation que si l'une des parties en avait vainement réclamé l'accomplissement régulier.

Dans tous les autres cas où la Cour de cassation s'est séparée de l'interprétation traditionnelle, ses décisions ont toujours été inspirées par le même esprit de simplification de la procédure et de réduction des causes de nullité

C'est ainsi que nous l'avons vue :

Autoriser le cumul des fonctions de rapporteur et de commissaire du Gouvernement dans la même affaire. (Livre I, III, p. 10).

Limiter les exigences touchant l'énonciation du texte de la loi appliquée aux seuls articles fixant la pénalité. (Livre III, XVIII, p. 47).

Supprimer complètement cette même exigence pour l'ordre de mise en jugement. (Livre III, XXIX, p. 65).

Exclure, pour la fixation des délais d'opposition en matière délictuelle, l'application de l'art. 187 C. I. C. et proclamer le principe que l'art. 179 C. J. M., se suffisant à lui-même, doit seul être suivi en l'espèce. (Livre III, XXVII, p. 61).

Repousser les distinctions subtiles et arbitraires qu'avaient adoptées les conseils de révision en ce qui concerne la portée de l'expression : « Ordre de service » et interpréter ces mots dans le sens le plus extensif. (Livre III, XXX, p. 67).

Nous pouvons donc conclure avec assurance, aujourd'hui qu'une expérience de huit années a prononcé, que

la réforme de 1906 a été bonne dans son ensemble et, par certains côtés, profitable. Elle n'a entraîné aucun des inconvénients que paraissaient redouter ceux qui voyaient dans le régime nouveau le premier coup porté aux institutions de la justice militaire. Si le maintien de la connaissance en fait des délits militaires à des juridictions spéciales se justifie par de très solides raisons, il n'en va plus de même pour le point de droit. Bien au contraire, on peut dire que les mêmes principes commandent, par la force des choses, des solutions opposées ; les avantages de la spécialisation qu'on invoque à bon droit en faveur de l'existence des conseils de guerre ne doivent-ils pas conduire, *a fortiori*, à réserver l'appréciation de questions juridiques exclusivement à des juristes ?

Aussi bien les résultats acquis ont-ils confirmé en notre matière les prévisions du raisonnement ; nous avons constaté que la Cour de cassation a su maintenir les traditions des conseils de révision en ce qu'elles avaient de louable, les réformer seulement sur les points qui méritaient la critique. Son intervention dans le domaine du droit militaire n'aura donc eu que d'heureux effets, puisqu'elle aura eu pour résultat d'assurer aux accusés une justice plus juridique et partant meilleure.

Vu : *Le Président de la thèse,*
M. Moye.

Vu et approuvé :
Montpellier, le 19 avril 1915.
Le Doyen de la Faculté,
Brémond.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 20 avril 1915.
Le Recteur,
A. Benoist.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Préliminaires 5

LIVRE I. — *Composition des Conseils de guerre*

I. — Composition des Conseils de guerre et remplacement des juges 7
II. — Greffier 9
III. — Le rapporteur peut occuper le siège du Ministère public 10

LIVRE II. — *Compétence des Tribunaux militaires*

I. — Compétence générale. (Art. 56 du C. J. M.).. 13
II. — Militaires en permission ou en congé. (Art. 57 du C. J. M., paragraphe 2)..... 14

LIVRE III. — *Procédure devant les Tribunaux militaires*

I. — Abandon de l'accusation..... 18
II. — Accusation non purgée..... 19
III. — Accusé expulsé..... 21
IV. — Acquittement..... 22
V. — Actes de l'information accomplis au corps. (Art. 104 C. J. M.)..... 23

Pages

VI. — Annulation pour fausse application de la peine. (Déclaration de culpabilité maintenue). 23
VII. — Annulation par voie de retranchement et sans renvoi. 28
VIII. — Appréciation souveraine du Conseil de guerre. 31
IX. — Articles visés dans un jugement. (Art. 140, C. J. M.) ou un ordre de mise en jugement... 33
X. — Circonstances atténuantes. 34
XI. — Complexité. 35
XII. — Conclusions prises par la défense. 37
XIII. — Conclusions tardives ou absence de conclusions. 37
XIV. — Contradiction. 41
XV. — Débat oral. 43
XVI. — Douanes. 46
XVII. — Droits de la défense. 47
XVIII. — Enonciation du texte de la loi appliquée. 47
XIX. — Enonciation du vote sur la culpabilité et les circonstances aggravantes. 49
XX. — Enonciation du vote pour l'application de la peine. 51
XXI. — Expert. 54
XXII. — Instruction. 55
XXIII. — Interdiction aux juges de communiquer avec personne et de se séparer avant le prononcé du jugement. 56
XXIV. — Interprète. 58
XXV. — Jugements incidents non motivés ou insuffisamment motivés. 59
XXVI. — Lecture au prévenu des procès-verbaux de l'information. (Art. 101 du C. J. M.). 60
XXVII. — Opposition aux jugements par défaut (Art. 179 du C. J. M.). 61
XXVIII. — Ordonnances du rapporteur. 62
XXIX. — Ordre de mise en jugement. 65
XXX. — Ordre de service. 67
XXXI. — Pièces à conviction. 69

Pages

XXXII. — Pouvoir discrétionnaire du président... 69
XXXIII. — Qualification du fait..... 70
XXXIV. — Question incomplète..... 72
XXXV. — Questions subsidiaires..... 73
XXXVI. — Ratures non approuvées..... 75
XXXVII. — Témoins..... 76

LIVRE IV. — *Pénalités*

I. — Abus de confiance..... 81
II. — Vol militaire..... 82
III. — Confiscation..... 85
IV. — Contraventions..... 86
V. — Coups et blessures..... 86
VI. — Désertion d'un jeune soldat..... 87
VII. — Désertion. — Validité d'incorporation..... 88
VIII. — Désertion — Question d'état..... 90
IX. — Désertion avec emport d'effets..... 91
X. — Insoumission..... 93
XI. — Non cumul des peines..... 95

Conclusions..... 101